

JOCHEN RAUBER

Kompensation  
durch Verfahren

*Jus Publicum*

326

---

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 326





Jochen Rauber

# Kompensation durch Verfahren

Zu Formen, Notwendigkeit und Grenzen  
der Prozeduralisierung  
im Verwaltungs- und Verfassungsrecht

Mohr Siebeck

*Jochen Rauber*, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft und Philosophie in Tübingen und Dublin (Trinity College); 2010 Erste Juristische Staatsprüfung und B.A. Philosophie; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Internationales Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre und Rechtsphilosophie an der Universität Heidelberg; 2016 Promotion und Zweite Juristische Staatsprüfung; 2023 Habilitation.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG – Projektnummer: 428548823) und dem Open Access Monographienfonds der Universität Heidelberg.

ISBN 978-3-16-162699-9/ eISBN 978-3-16-162700-2

DOI 10.1628/978-3-16-162700-2

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Garamond gesetzt, in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung beruht auf meiner Habilitationsschrift, die im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg angenommen wurde. Sie stammt aus meiner Feder, doch geschrieben habe ich sie nicht allein. Dem schönen Brauch, in Vorworten all denen Dank zu sagen, deren Beitrag über das hinausgeht, was sich in Fußnoten ausdrücken lässt, setze ich deshalb nur allzu gerne fort.

An erster Stelle steht dabei mein akademischer Lehrer Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. Von der ersten Idee an hat er die Entstehung des Buchs neugierig und geduldig begleitet und mir mehr als nur einmal als verständnisvoller Ratgeber zur Seite gestanden. Ohne sein Zutrauen wäre mir die Entscheidung für die Wissenschaft deutlich schwerer gefallen und nicht nur das vorliegende Buch wäre ohne seine vorbehaltlos zuversichtliche Art ein mühsameres Unterfangen gewesen. Für all das danke ich ihm herzlich.

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A. danke ich sehr für ein anregendes und detailreiches Zweitgutachten.

Danken möchte ich aber auch all denen, die mir das Verfassen der Arbeit auf die ein oder andere Weise erleichtert haben: Luisa Kraft und Nico Prehn haben mich bei Recherchen und redaktionellen Arbeiten gekonnt unterstützt. Und Ingo Evers hat in gewohnt routinierter Manier das gesamte Manuskript Korrektur gelesen und es von manch sperrigem Satz und überflüssigem Komma befreit. Dafür danke ich ihnen sehr.

Ein besonderer Dank gilt auch meinem Habilitationskreis, namentlich Tristan Barczak, Stefanie Egidy, Sina Fontana, Patrick Hilbert und David Kuch, für zahlreiche inhaltliche Anregungen und ungeschönte Kritik, für stete Gesprächsbereitschaft und gelegentlichen Zuspruch. Sie haben die Entstehung der Schrift von Anfang an mitverfolgt und auf dem Weg zum fertigen Buch nicht nur immer wieder mit mir diskutiert, sondern auch dafür gesorgt, dass das Gefühl, den Weg alleine zu gehen, ausgeblieben ist.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat die Ausarbeitung der Untersuchung mit der Gewährung einer eigenen Stelle gefördert und die Druckkosten übernommen. Und der Monographienfonds der Universität Heidelberg hat die Open Access Publikation ermöglicht. Auch dafür bin ich dankbar.

Den größten Anteil am Gelingen der Arbeit haben aber drei Menschen, ohne deren Verständnis, Geduld und Zuspruch das Buch nicht möglich gewesen

wäre: Meine Frau Lisa und unsere beiden Töchter Carla und Marlene. Ihnen ist das Buch gewidmet.

Mannheim, im Juli 2023

*Jochen Rauber*

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXVII
§ 1 Einführung . . . . .	1
I. Das Erstarken des Verfahrens(gedankens)... . . . .	1
II. ... und die Schwäche des materiellen Rechts . . . . .	4
III. Prozeduralisierung des öffentlichen Rechts als Entwicklungsnarrativ . . . . .	6
IV. Kompensation durch Verfahren als These und Desiderat . . . . .	9
V. Gegenstand und Gang der Untersuchung . . . . .	14
§ 2 Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen . . . . .	19
I. Verfahren . . . . .	19
II. Kompensation . . . . .	29
§ 3 Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten . . . . .	45
I. Zielsetzung . . . . .	45
II. Ausgangspunkt: Kompensationsbehauptungen . . . . .	47
III. Analyseraster: Funktionen des materiellen Rechts . . . . .	49
IV. Typen kompensatorischer Verfahrenselemente im Verwaltungsverfahren . . . . .	66
V. Typen kompensatorischer Verfahrenselemente im Gesetzgebungsverfahren . . . . .	198
VI. Fazit . . . . .	267
§ 4 Kann Verfahren kompensieren? Zur Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten	271
I. Kompensation von Schwächen der Steuerungsfunktion des materiellen Rechts . . . . .	273



II.	Kompensation von Schwächen der Kontrollfunktion des materiellen Rechts . . . . .	283
III.	Kompensation von Schwächen der Begrenzungsfunktion des materiellen Rechts . . . . .	305
IV.	Kompensation von Schwächen der Orientierungsfunktion des materiellen Rechts . . . . .	310
V.	Kompensation von Schwächen der Gleichheitsfunktion des materiellen Rechts . . . . .	316
VI.	Kompensation von Schwächen der Entlastungsfunktion des materiellen Rechts . . . . .	322
VII.	Kompensation von Schwächen der Legitimationsfunktion des materiellen Rechts . . . . .	326
VIII.	Fazit . . . . .	343
	§ 5 Muss Verfahren kompensieren? Zur Notwendigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten . .	345
I.	Zielsetzung . . . . .	345
II.	Maßstäbe: Woran bemisst sich die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation? . . . . .	346
III.	Kompensationslagen: Für welche Konstellationen wird die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation behauptet? . . . . .	357
IV.	Kompensationsbedürfnis: Erfordern die behaupteten Schwächen des materiellen Rechts einen Ausgleich? . . . . .	365
V.	Fazit . . . . .	467
	§ 6 Darf Verfahren kompensieren? Zu Zulässigkeit und Grenzen kompensatorischer Verfahrenspflichten . . . . .	471
I.	Zielsetzung . . . . .	471
II.	Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Gebots hinreichender Normbestimmtheit – oder: Lässt sich Bestimmtheit prozeduralisieren? . . . . .	473
III.	Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Vorbehalts des Gesetzes – oder: Lässt sich die Wesentlichkeitslehre prozeduralisieren? . . . . .	492
IV.	Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – oder: Gerichtsschutz durch Verwaltungsverfahren? . . . . .	511
V.	Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG – oder: Lässt sich die Ewigkeitsgarantie prozeduralisieren? . . . . .	534

VI. Sonstige Zulässigkeitsgrenzen prozeduraler Kompensationen? . . .	540
VII. Fazit . . . . .	549
§ 7 Schluss . . . . .	551
I. Was bleibt? – Zusammenfassung in Thesen . . . . .	551
II. Was folgt? – Schlussfolgerungen in Fragen . . . . .	554
Literaturverzeichnis . . . . .	559
Sachregister . . . . .	637



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXVII
§ 1 Einführung . . . . .	1
<i>I. Das Erstarren des Verfahrens(gedankens)...</i> . . . . .	1
<i>II. ... und die Schwäche des materiellen Rechts</i> . . . . .	4
<i>III. Prozeduralisierung des öffentlichen Rechts als Entwicklungsnarrativ</i>	6
<i>IV. Kompensation durch Verfahren als These und Desiderat</i> . . . . .	9
<i>V. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i> . . . . .	14
§ 2 Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen . . . . .	19
<i>I. Verfahren</i> . . . . .	19
1. Allgemeiner (rechts- und sozialwissenschaftlicher) Verfahrensbegriff	20
2. Inneres und äußeres Verfahren . . . . .	24
3. Eingrenzungen . . . . .	25
4. Verfahrensrecht, insbes. Verfahrenspflichten . . . . .	25
<i>II. Kompensation</i> . . . . .	29
1. Begriff . . . . .	29
2. Grundelemente . . . . .	31
a) Kompensationslage . . . . .	31
b) Kompensationsleistung . . . . .	33
c) Funktionszusammenhang zwischen Kompensationslage und Kompensationsleistung . . . . .	33
3. Funktionslogik . . . . .	35
a) Kompensation legitimiert . . . . .	36
b) Kompensation suspendiert . . . . .	36
c) Kompensation flexibilisiert . . . . .	37
4. Erscheinungsformen . . . . .	38

a) Kompensation defizitärer Rechtszustände vs. Kompensation defizitärer tatsächlicher Situationen . . . . .	39
b) Kompensation rechtlich-defizitärer Zustände vs. Kompensation funktionell-defizitärer Zustände . . . . .	40
c) Substanz und Verfahren: Materielle Kompensation vs. prozedurale Kompensation . . . . .	41
d) Eingrenzungen . . . . .	43
§ 3 Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten . . . . .	45
I. Zielsetzung . . . . .	45
II. Ausgangspunkt: Kompensationsbehauptungen . . . . .	47
III. Analyseraster: Funktionen des materiellen Rechts . . . . .	49
1. Funktionen materiell-rechtlicher Vorgaben im einfachen Gesetzesrecht	51
a) Steuerungsfunktion . . . . .	51
b) Legitimationsfunktion . . . . .	52
c) Entlastungsfunktion . . . . .	52
d) Begrenzungs- bzw. Abgrenzungsfunktion . . . . .	53
e) Kontrollfunktion . . . . .	55
f) Orientierungsfunktion . . . . .	55
g) Gleichheitsfunktion . . . . .	56
2. Funktionen materiell-rechtlicher Vorgaben im Verfassungsrecht . . .	57
a) Steuerungsfunktion . . . . .	58
b) Legitimationsfunktion . . . . .	59
c) Entlastungsfunktion . . . . .	60
d) Begrenzungsfunktion . . . . .	60
e) Kontrollfunktion . . . . .	61
f) Orientierungsfunktion . . . . .	62
g) Leitbildfunktion . . . . .	63
h) Stabilisierungsfunktion . . . . .	63
i) Integrationsfunktion . . . . .	64
3. Zusammenführung . . . . .	65
IV. Typen kompensatorischer Verfahrenelemente im Verwaltungsverfahren . . . . .	66
1. Zu Auswahl und Eigenheiten der Referenzgebiete . . . . .	67
2. Administrative Konzepte und Konzeptpflichten . . . . .	73
a) Begriff . . . . .	73
b) Öffentliches Wirtschaftsrecht . . . . .	76
aa) Vergabe öffentlicher Aufträge . . . . .	76
bb) Marktregulierung im Telekommunikationsrecht . . . . .	78

cc) Konzessionserteilung im Personenbeförderungsrecht . . . . .	82
c) Polizeirecht . . . . .	86
aa) Videoüberwachung öffentlicher Plätze . . . . .	86
bb) Ereignis- und verdachtslose Personenkontrollen (sog. Schleierfahndung) . . . . .	88
cc) Speicherungsbefugnisse nach dem Antiterrordateigesetz . . . . .	92
d) Umweltrecht . . . . .	93
e) Gesundheitsrecht . . . . .	96
f) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch administrative Konzepte . . . . .	100
3. Pflichten zur Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen . . . . .	101
a) Öffentliches Wirtschaftsrecht . . . . .	103
b) Polizeirecht . . . . .	105
c) Umweltrecht . . . . .	108
d) Gesundheitsrecht . . . . .	111
f) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Ermittlungs- und Bewertungspflichten . . . . .	112
4. Partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten . . . . .	113
a) Beteiligung von öffentlichen Stellen und Gremien mit Kontrollfunktion . . . . .	114
aa) Präventive Behördenleiter- und Richtervorbehalte . . . . .	114
bb) Berichtspflichten zugunsten unabhängiger Kontrollgremien . . . . .	118
cc) Berichtspflichten zugunsten von Parlamenten . . . . .	122
(1) Polizeirecht . . . . .	122
(2) Telekommunikationsregulierungsrecht . . . . .	124
dd) Beteiligung der oder des Datenschutzbeauftragten . . . . .	124
ee) Beteiligung der Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörde . . . . .	126
(1) Personenbeförderungsrecht . . . . .	127
(2) Polizeirecht . . . . .	127
(3) Gesundheitsrecht . . . . .	128
ff) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch die Einbindung öffentlicher Aufsichtsgremien . . . . .	130
b) Beteiligung von Behörden, deren Aufgabenbereich berührt ist . . . . .	131
aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht . . . . .	133
(1) Personenbeförderungsrecht . . . . .	133
(2) Telekommunikationsregulierungsrecht . . . . .	134
bb) Umweltrecht . . . . .	136
cc) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Verfahrensbeteiligung betroffener Behörden . . . . .	138
c) Beteiligung von Expertengremien, sachverständigen Stellen und sonstigen Wissensträgern . . . . .	139

aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht . . . . .	140
bb) Umweltrecht . . . . .	142
(1) Immissionsschutzrecht . . . . .	142
(2) Gentechnikrecht . . . . .	144
cc) Gesundheitsrecht . . . . .	146
dd) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Expertenbeteiligung . . . . .	149
d) Beteiligung von privaten Betroffenen und allgemeiner Öffentlichkeit . . . . .	149
aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht . . . . .	151
(1) Vergaberecht . . . . .	151
(2) Telekommunikationsregulierungsrecht . . . . .	153
bb) Umweltrecht . . . . .	155
(1) Immissionsschutzrecht . . . . .	155
(2) Gentechnikrecht . . . . .	158
cc) Gesundheitsrecht . . . . .	160
dd) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Öffentlichkeitsbeteiligung . . . . .	162
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten . . . . .	163
5. Dokumentations- und Begründungspflichten . . . . .	164
a) Öffentliches Wirtschaftsrecht . . . . .	170
aa) Vergaberecht . . . . .	170
bb) Telekommunikationsregulierungsrecht . . . . .	171
b) Polizeirecht . . . . .	174
c) Umweltrecht . . . . .	178
d) Gesundheitsrecht . . . . .	181
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Dokumentations- und Begründungspflichten . . . . .	183
6. (Vorab-)Benachrichtigungspflichten . . . . .	183
a) Vergaberecht . . . . .	184
b) Polizeirecht . . . . .	184
c) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch (Vorab-)Benachrichtigungspflichten . . . . .	185
7. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten . . . . .	186
a) Öffentliches Wirtschaftsrecht . . . . .	188
aa) Telekommunikationsregulierungsrecht . . . . .	189
bb) Personenbeförderungsrecht . . . . .	190
b) Polizeirecht . . . . .	190
c) Umweltrecht . . . . .	191
aa) Immissionsschutzrecht . . . . .	191
bb) Gentechnikrecht . . . . .	193

d) Gesundheitsrecht . . . . .	195
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Beobachtungs- und Überprüfungspflichten . . . . .	196
8. Ergebnis . . . . .	197
<i>V. Typen kompensatorischer Verfahrenselemente</i>	
<i>im Gesetzgebungsverfahren . . . . .</i>	198
1. Gesetzgeberische Konzepte und Konzeptpflichten . . . . .	199
a) Finanzausgleichsgesetzgebung . . . . .	200
b) Festlegung des Existenzminimums . . . . .	203
c) Klimaschutzgesetzgebung . . . . .	205
d) Folgerichtigkeitsgebote als implizite Konzeptpflichten? . . . . .	208
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch gesetzgeberische Konzepte . . . . .	210
2. Pflichten zur Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen . . . . .	211
a) Kommunale Neugliederungen . . . . .	212
b) Gesetzesförmige Fachplanungsentscheidungen . . . . .	213
c) Wirtschaftslenkende Gesetze . . . . .	214
d) Wahlrechtsgesetzgebung, insbes. Sperrklauseln . . . . .	215
e) Haushaltsgesetzgebung . . . . .	217
f) Erforderlichkeit der Bundesgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 2 GG . . . . .	219
g) Gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs . . . . .	220
h) Festlegung des Existenzminimums . . . . .	221
i) Besoldungsgesetzgebung . . . . .	222
j) Parteienfinanzierung . . . . .	222
k) Privatschulfinanzierung . . . . .	223
l) Finanzausgleichsgesetzgebung . . . . .	225
m) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Ermittlungs- und Bewertungspflichten . . . . .	226
3. Partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten . . . . .	227
a) Beteiligung von öffentlichen Stellen und Gremien mit Kontrollfunktion . . . . .	228
b) Beteiligung von Behörden, deren Aufgabenbereich berührt ist . . . . .	229
c) Beteiligung von Expertengremien, sachverständigen Stellen und sonstigen Wissensträgern . . . . .	230
d) Beteiligung von Betroffenen und allgemeiner Öffentlichkeit . . . . .	233
aa) Kommunale Neugliederungen . . . . .	235
bb) Gesetzesförmige Fachplanungsentscheidungen . . . . .	236
cc) Gesetzliche Ausgestaltung der beamtenrechtlichen Verhältnisse . . . . .	237
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch partizipative Verfahren . . . . .	238



4. Dokumentations- und Begründungspflichten . . . . .	238
a) Kommunale Neugliederungen . . . . .	240
b) Haushaltsgesetzgebung . . . . .	241
c) Festlegung des Existenzminimums . . . . .	243
d) Besoldungsgesetzgebung . . . . .	244
e) Parteienfinanzierung . . . . .	245
f) Privatschulfinanzierung . . . . .	245
g) Finanzausgleichsgesetzgebung . . . . .	247
h) Zusammenführung: Kompensation durch Dokumentations- und Begründungspflichten . . . . .	248
5. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten . . . . .	249
a) Wirtschaftslenkende Gesetze . . . . .	253
b) Wahlrechtsgesetzgebung, insbes. Sperrklauseln . . . . .	254
c) Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten . . . . .	255
d) Festlegung des Existenzminimums . . . . .	256
e) Besoldungsgesetzgebung . . . . .	257
f) Privatschulfinanzierung . . . . .	259
g) Finanzausgleichsgesetzgebung . . . . .	260
h) Straf- und Strafverfahrensgesetzgebung . . . . .	262
i) Zusammenführung: Kompensation durch gesetzgeberische Beobachtungs- und Überprüfungspflichten . . . . .	263
6. Ergebnis . . . . .	264
<i>VI. Fazit</i> . . . . .	267
1. Welche Verfahrenselemente... . . . .	267
2. ... gleichen welche Defizite ... . . . .	268
3. ... auf welche Weise aus? . . . . .	270
 § 4 Kann Verfahren kompensieren? Zur Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten	271
<i>I. Kompensation von Schwächen der Steuerungsfunktion des materiellen Rechts</i> . . . . .	273
1. Was heißt Steuerung und wie lässt sie sich messen? . . . . .	273
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten . . . . .	275
3. Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten . . . . .	278
a) Grundsatz: Entscheidungswirksamkeit von Informationen . . . . .	279
b) Schwachstelle: Confirmation Bias . . . . .	280
c) Bestätigung: Default-Effekt vorläufiger (Gesetzes-)Entscheidungen	282
4. Ergebnis . . . . .	283

<i>II. Kompensation von Schwächen der Kontrollfunktion des materiellen Rechts</i> . . . . .	283
1. Was heißt Kontrolle und (wie) lässt sie sich messen? . . . . .	284
a) Maßstäbe als Kontrollbedingung . . . . .	284
b) Rechtsschutz als Kontrollzweck . . . . .	284
c) Ergebnis . . . . .	287
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten . . . . .	287
3. Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten . . . . .	288
4. Kompensationseffekte von Pflichten der Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit . . . . .	289
5. Kompensationseffekte von Dokumentations- und Begründungspflichten . . . . .	294
a) Ermöglichung gerichtlicher Kontrolle . . . . .	294
b) Vorverlagerung kontrolltypischer Rechtsschutzeffekte . . . . .	295
aa) Empirische Befunde zu Dokumentationspflichten . . . . .	296
bb) Empirische Befunde zu Begründungspflichten . . . . .	296
(1) Positive Effekte . . . . .	296
(2) Negative Effekte . . . . .	299
(3) Ein Vorbehalt . . . . .	301
6. Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	303
7. Ergebnis . . . . .	304
 <i>III. Kompensation von Schwächen der Begrenzungsfunktion des materiellen Rechts</i> . . . . .	 305
1. Was heißt Begrenzung und (wie) lässt sie sich messen? . . . . .	305
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten . . . . .	306
3. Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten . . . . .	307
4. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit . . . . .	309
5. Kompensationseffekte von Dokumentations- und Begründungspflichten . . . . .	309
6. Ergebnis . . . . .	310
 <i>IV. Kompensation von Schwächen der Orientierungsfunktion des materiellen Rechts</i> . . . . .	 310
1. Was heißt Orientierung und (wie) lässt sie sich messen? . . . . .	310
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten . . . . .	311
3. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit . . . . .	312
4. Kompensationseffekte von Begründungspflichten . . . . .	314
5. Ergebnis . . . . .	316

<i>V. Kompensation von Schwächen der Gleichheitsfunktion des materiellen Rechts</i> . . . . .	316
1. Was heißt Gleichheit und (wie) lässt sie sich messen? . . . . .	317
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten . . . . .	317
3. Kompensationseffekte von Begründungspflichten . . . . .	318
4. Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten . . . . .	319
5. Kompensationseffekte von Expertenbeteiligung . . . . .	320
6. Ergebnis . . . . .	321
<i>VI. Kompensation von Schwächen der Entlastungsfunktion des materiellen Rechts</i> . . . . .	322
1. Was heißt Entlastung und (wie) lässt sie sich messen? . . . . .	322
2. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung von Expertengremien . . . . .	323
3. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit . . . . .	324
4. Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten . . . . .	325
5. Ergebnis . . . . .	326
<i>VII. Kompensation von Schwächen der Legitimationsfunktion des materiellen Rechts</i> . . . . .	326
1. Was heißt Legitimation und (wie) lässt sie sich messen? . . . . .	326
a) Legitimation durch Wahl . . . . .	327
b) Legitimation durch Kontrolle . . . . .	328
c) Legitimation durch Partizipation . . . . .	329
d) Legitimation durch Deliberation . . . . .	332
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten . . . . .	333
3. Berichtspflichten zugunsten von Parlamenten und parlamentarischen Kontrollgremien . . . . .	335
4. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit . . . . .	336
5. Kompensationseffekte von Begründungspflichten . . . . .	340
6. Ergebnis . . . . .	343
<i>VIII. Fazit</i> . . . . .	343

§ 5 Muss Verfahren kompensieren?	
Zur Notwendigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten . . .	345
<i>I. Zielsetzung</i> . . . . .	345
<i>II. Maßstäbe: Woran bemisst sich die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation?</i> . . . . .	346
1. Normen statt Funktionen . . . . .	346
2. Binnendifferenzierungen . . . . .	347
a) Allgemeines Verfassungsrecht . . . . .	347
b) Integrationsfestes Verfassungsrecht . . . . .	348
c) Änderungsfestes Verfassungsrecht . . . . .	349
aa) Beschränkung des Art. 79 Abs. 3 GG auf Änderungen des Grundgesetzes . . . . .	350
bb) Erfordernis des „Berührens“ . . . . .	351
cc) Zwischenergebnis . . . . .	353
d) Föderalisierungsfestes Verfassungsrecht . . . . .	353
e) Völkerrecht und Recht der Europäischen Union . . . . .	355
3. Ergebnis . . . . .	357
<i>III. Kompensationslagen: Für welche Konstellationen wird die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation behauptet?</i> . . . . .	357
1. Strukturelle Schwächen des materiellen Rechts . . . . .	358
2. Inhaltliche Schwächen des materiellen Rechts . . . . .	363
<i>IV. Kompensationsbedürfnis: Erfordern die behaupteten Schwächen des materiellen Rechts einen Ausgleich?</i> . . . . .	365
1. Unbestimmtheit des Rechts . . . . .	365
a) Erscheinungsformen . . . . .	366
b) Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen . . . . .	367
aa) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit einfachgesetzlicher Normen . . . . .	367
bb) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit verfassungsrechtlicher Normen . . . . .	371
(1) Bestimmtheitsanforderungen aus dem Grundsatz der Verfassungsklarheit . . . . .	371
(2) Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	373
c) Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorbehaltsgrundsätzen . . . . .	375
aa) Vorbehalt des Gesetzes: Anforderungen an Existenz und Dichte einfachgesetzlicher Handlungsgrundlagen . . . . .	375
(1) Grundlagen . . . . .	375

(2) Konturierung durch die sog. Wesentlichkeitstheorie . . . . .	377
(3) Anwendungsbereich . . . . .	380
bb) Vorbehalt der Verfassung: Anforderungen an Existenz und Dichte verfassungsrechtlicher Handlungsgrundlagen . . . . .	381
(1) Textbefund . . . . .	382
(2) Engführung des Vorbehaltsgrundsatzes in der verfassungsrechtlichen Diskussion . . . . .	383
(3) Grenzen der Übertragung der Wesentlichkeitslehre . . . . .	384
(4) Normhierarchische Grenzen eines Vorbehalts der Verfassung . . . . .	386
(5) Vorbehaltstypische Anforderungen aus Art. 79 Abs. 3 GG?	387
(6) Ergebnis . . . . .	390
d) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung . . . . .	391
aa) Gewaltenteilungsgrundsatz als Maßstab für die Unbestimmtheit des einfachen Gesetzesrechts . . . . .	391
bb) Gewaltenteilungsgrundsatz als Maßstab für die Unbestimmtheit des Verfassungsrechts . . . . .	395
cc) Ergebnis . . . . .	396
2. Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte . . . . .	396
a) Erscheinungsformen . . . . .	397
aa) Administrative Letztentscheidungsbefugnisse . . . . .	397
(1) Klassische Dichotomie: Ermessen vs. Beurteilungsspielraum	397
(2) Erweiterungen: Planungs- und Regulierungsermessen . . .	398
(3) Kritik und Einheitsthese . . . . .	400
(a) Anschlussfähigkeit und Aussagekraft typenbasierter Analyse . . . . .	400
(b) Schwächen der kategorialen Unterscheidung zwischen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen . . . . .	401
(c) Fazit: Strukturparallelen administrativer Letztentscheidungsbefugnisse . . . . .	405
bb) Legislative Letztentscheidungsbefugnisse . . . . .	405
b) Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG . . . . .	407
aa) Grundlagen: Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Garantie eines wirksamen Gerichtsschutzes . . . . .	407
bb) Art. 19 Abs. 4 GG als Maßstab für administrative Letztentscheidungsbefugnisse . . . . .	409
(1) Streit über die Maßstäblichkeit . . . . .	409
(2) Plädoyer für ein erweitertes Verständnis des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG . . . . .	411
(3) Rechtfertigungsmaßstäbe . . . . .	416
(4) Zwischenergebnis . . . . .	418

cc)	Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse . . . . .	418
	(1) Parlamentarische Gesetzgebungsakte als „öffentliche Gewalt“ . . . . .	418
	(2) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse . . . . .	420
	(3) Zwischenergebnis . . . . .	423
c)	Vereinbarkeit mit dem aus der Verfahrensdimension der Grundrechte folgenden Gebot umfassenden Rechtsschutzes . . . . .	424
aa)	Grundlagen: Umfassender Rechtsschutz als Gebot prozeduralen Grundrechtsschutzes . . . . .	424
bb)	Überflüssige Maßstabsdopplung? . . . . .	426
cc)	Das grundrechtsimmanente Rechtsschutzgebot als Maßstab für administrative Letztentscheidungsbefugnisse . . . . .	427
dd)	Das grundrechtsimmanente Rechtsschutzgebot als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse . . . . .	429
3.	Inhaltsbedingte Beschränkungen der Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes . . . . .	431
a)	Erscheinungsformen . . . . .	431
b)	Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG . . . . .	432
aa)	Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für inhaltlich bedingte Beschränkungen des Rechtsschutzes gegen Verwaltungs- entscheidungen . . . . .	432
	(1) Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Verwaltungsverfahren . . . . .	432
	(2) Belastungsbeseitigung als Merkmal effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG . . . . .	434
bb)	Art. 19 Abs. 4 GG als Maßstab für inhaltlich bedingte Einschränkungen des Rechtsschutzes gegen Gesetzgebungs- entscheidungen . . . . .	437
	(1) Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Gesetzgebungsverfahren . . . . .	437
	(2) Belastungsbeseitigung als Merkmal effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG . . . . .	438
4.	Exemplarische Evaluation des Kompensationsbedarfs anhand ausgewählter Referenzbeispiele . . . . .	439
a)	Ausgleichsbedürftige Defizite in verwaltungsrechtlichen Entscheidungskonstellationen . . . . .	440
aa)	Unbestimmtheit des Rechts: Die polizeiliche Befugnis zur Durchführung ereignis- und verdachtsunabhängiger Personenkontrollen (sog. Schleierfahndung) . . . . .	440

(1) Rekapitulation: Unbestimmtheiten in den entsprechenden Ermächtigungsnormen . . . . .	441
(2) Verfassungsrechtliche Bewertung . . . . .	442
(3) Ergebnis . . . . .	444
bb) Eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte: Die Marktregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz . . . . .	444
(1) Rekapitulation: Letzt Konkretisierungsbefugnisse der BNetzA im Bereich der Telekommunikationsmärktregulierung . . . . .	445
(2) Die Spielräume der BNetzA bei der telekommunikationsbezogenen Marktregulierung im Lichte verfassungsrechtlicher Rechtsschutzgarantien . . . . .	446
(3) Unionsrechtliche Determinierung der Spielraumfrage . . . . .	448
(4) Ergebnis . . . . .	451
cc) Sonstige Rechtsschutzeinschränkungen: Die Unanfechtbarkeit des vergaberechtlichen Zuschlags . . . . .	451
(1) Uneinigkeit der Rechtsprechung . . . . .	451
(2) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für staatliche Vergabeentscheidungen . . . . .	452
(3) Der Ausschluss des Primärrechtsschutzes im Lichte widerstreitender Verfassungsgüter . . . . .	453
(4) Zur Vollständigkeit: Der Ausschluss des Primärrechtsschutzes im Lichte unionsrechtlicher Vorgaben . . . . .	458
(5) Ergebnis . . . . .	458
dd) Ergebnis . . . . .	458
b) Ausgleichsbedürftige Defizite in gesetzgeberischen Entscheidungskonstellationen . . . . .	459
aa) Unbestimmtheit des Rechts: Die gesetzgeberische Ausgestaltung des Länderfinanzausgleichs . . . . .	459
(1) Rekapitulation: Die Unbestimmtheit der verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Länderfinanzausgleich . . . . .	460
(2) Die Unbestimmtheit des „angemessenen“ Ausgleichs als kompensationsbedürftige Defizitlage . . . . .	460
bb) Eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte . . . . .	462
cc) Sonstige Rechtsschutzeinschränkungen: Die (Fach-)Planung durch Parlamentsgesetz . . . . .	462
(1) Zur Möglichkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen gesetzgeberische (Fach-)Planungsentscheidungen . . . . .	463
(2) Zur Effektivität des im Wege der (Gesetzes-)Verfassungsbeschwerde zu erlangenden Rechtsschutzes . . . . .	465
(3) Ergebnis . . . . .	467
V. Fazit . . . . .	467

§ 6 Darf Verfahren kompensieren? Zu Zulässigkeit und Grenzen kompensatorischer Verfahrenspflichten . . . . .	471
<i>I. Zielsetzung</i> . . . . .	471
<i>II. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Gebots hinreichender Normbestimmtheit – oder: Lässt sich Bestimmtheit prozeduralisieren?</i> . . . . .	473
1. Rekapitulation: Die klassischen Kriterien für die Bildung bestimmtheitsbezogener Rechtmäßigkeitsurteile . . . . .	474
2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des Bestimmtheitsgrundsatzes . . . . .	477
3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Bestimmtheitsdogmatik . . . . .	479
4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Bestimmtheitsdogmatik? . . . . .	481
a) Normativer Maßstab: Die Teleologie des Bestimmtheitsgrundsatzes . . . . .	481
b) Tatsächliche Voraussetzung: Zweckförderung durch Verfahren . . . . .	482
aa) Vorhersehbarkeit durch Verfahren . . . . .	483
bb) Kontrollierbarkeit durch Verfahren . . . . .	484
cc) Ergebnis . . . . .	487
c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensationen . . . . .	487
aa) Gewährleistungslösung: Verfahrensgestaltung als anforderungsmildernder Umstand . . . . .	487
bb) Rechtfertigungslösung: Verfahrensgestaltung als Rechtfertigungsgrund . . . . .	488
cc) Erfüllungslösung: Verfahrensgestaltung als alternativer Erfüllungsmodus . . . . .	490
5. Interne Grenzen der Prozeduralisierung . . . . .	491
6. Ergebnis . . . . .	491
<i>III. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Vorbehalts des Gesetzes – oder: Lässt sich die Wesentlichkeitslehre prozeduralisieren?</i> . . . . .	492
1. Rekapitulation: Die klassischen Kriterien für die Bildung gesetzesvorbehaltsbezogener Rechtmäßigkeitsurteile . . . . .	493
2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität von Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitslehre . . . . .	495
3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Gesetzesvorbehaltsdogmatik . . . . .	496



4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Gesetzesvorbehaltsdogmatik? . . . . .	498
a) Normativer Maßstab: Die Teleologie des Gesetzesvorbehalts . . .	498
b) Tatsächliche Voraussetzungen: Die Zweckförderung durch Verfahren . . . . .	503
aa) Interessenausgleich durch Verfahren . . . . .	503
bb) Entscheidungszurechnung durch Verfahren . . . . .	505
cc) Ergebnis . . . . .	507
c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensationen . . . . .	507
5. Interne Grenzen der Prozeduralisierung . . . . .	509
6. Ergebnis . . . . .	510
 <i>IV. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – oder: Gerichtsschutz durch Verwaltungsverfahren?</i>	
1. Rekapitulation: Der garantierte Rechtsweg i. S. d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	512
2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG . . . . .	513
3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Rechtsschutzgarantie . . . .	514
4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG? . . . . .	517
a) Normativer Maßstab: Die Teleologie der Rechtsschutzgarantie . .	518
aa) Sachrichtigkeit als einziger Normzweck? . . . . .	518
bb) Normzweck als einziger Maßstab? . . . . .	520
b) Tatsächliche Voraussetzung: Die Zweckverwirklichung durch Verfahren . . . . .	522
aa) Methodengerechtigkeit durch Verfahren . . . . .	522
bb) Begrenzung durch Verfahren . . . . .	523
cc) Vorhersehbarkeit durch Verfahren . . . . .	524
dd) Gleichheit durch Verfahren . . . . .	525
ee) Ergebnis . . . . .	526
c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensation . . . . .	526
aa) Gewährleistungslösung: Verfahrensgestaltung als anforderungsmildernder Umstand . . . . .	527
bb) Erfüllungslösung: Verfahrensgestaltung als alternativer Erfüllungsmodus . . . . .	528
cc) Eingriffslösung: Verfahrensgestaltung als eingriffsmildernder Umstand . . . . .	529
dd) Rechtfertigungslösung: Verfahrensgestaltung als Rechtfertigungsgrund . . . . .	530
5. Ergebnis . . . . .	533

<i>V. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG – oder: Lässt sich die Ewigkeitsgarantie prozeduralisieren?</i> . . . . .	534
1. Rekapitulation: Der änderungsfeste Gehalt des Bestimmtheitsgebots	535
2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des änderungsfesten Gehalts des Bestimmtheitsgebots . . . . .	535
3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG . . .	536
4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG? . . . . .	536
a) Normativer Maßstab: Die Teleologie des änderungsfesten Kerns des Bestimmtheitsgebots . . . . .	537
b) Tatsächliche Voraussetzung: Zweckförderung durch Verfahren . .	537
5. Ergebnis . . . . .	540
<i>VI. Sonstige Zulässigkeitsgrenzen prozeduraler Kompensationen?</i> . . . .	540
1. Rechtliche Einwände gegen kompensatorische Anforderungen an das Verwaltungsverfahren . . . . .	541
2. Rechtliche Einwände gegen kompensatorische Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren . . . . .	542
a) Das Demokratieprinzip als Grenze von Verfahrensanforderungen an den Gesetzgeber . . . . .	542
b) Der Grundsatz der Gewaltenteilung als Grenze von Verfahrensanforderungen an den Gesetzgeber . . . . .	545
c) Ergebnis . . . . .	548
3. Ergebnis . . . . .	549
<i>VII. Fazit</i> . . . . .	549
§ 7 Schluss . . . . .	551
<i>I. Was bleibt? – Zusammenfassung in Thesen</i> . . . . .	551
<i>II. Was folgt? – Schlussfolgerungen in Fragen</i> . . . . .	554
1. Folgerungen für die Rechtstheorie: Kompensation als Verfahrensfunktion? . . . . .	554
2. Folgerungen für die Rechtsdogmatik: Kompensation als Rechtsargument? . . . . .	555
3. Folgerungen für die Gesetzgebung(slehre): Kompensation als Gestaltungsressource? . . . . .	557
Literaturverzeichnis . . . . .	559
Sachregister . . . . .	637



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG G 10 BW	Gesetz zur Ausführung des Artikel 10-Gesetzes Baden-Württemberg
AG G 10 NRW	Gesetz über die Ausführung des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz Nordrhein-Westfalen
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BayAGG 10	Gesetz über die Aufgaben der G10-Kommission im Bayerischen Landtag und zur Ausführung des Art. 10-Gesetzes
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Polizei
BayPKGG	Bayerisches Gesetz zur parlamentarischen Kontrolle der Staatsregierung hinsichtlich der Tätigkeit des Landesamts für Verfassungsschutz sowie hinsichtlich der Maßnahmen nach Art. 13 Abs. 3 bis 5 des Grundgesetzes
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BBG	Bundesbeamtengesetz
BbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
BbgVerfG	Verfassungsgericht des Landes Brandenburg
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
bearb.	bearbeitet
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beil.	Beilage

BerlVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchV	Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
BKartA	Bundeskartellamt
BlnASOG	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BNetzA	Bundesnetzagentur
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVT	Beste Verfügbare Technik
BWAGG 10	Baden-Württembergisches Gesetz zur Ausführung des Artikel 10-Gesetzes
BWStGH	Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg
BWVerf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
dens.	denselben
ders.	derselbe
d.h.	das heißt

dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Entsch.	Entscheidung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
Erg.-Lfg.	Ergänzungs-Lieferung
etc.	et cetera
EthRG	Ethikratgesetz
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FEU	Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht
ff.	folgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuss
gem.	gemäß
GemO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GenTAnhV	Verordnung über Anhörungsverfahren nach dem Gentechnikgesetz
GenTAufzV	Gentechnik-Aufzeichnungsverordnung
GenTBetV	Gentechnik-Beteiligungsverordnung
GenTG	Gentechnikgesetz
GenTVfV	Verordnung über Antrags- und Anmeldeunterlagen und über Genehmigungs- und Anmeldeverfahren nach dem Gentechnikgesetz

GEREK	Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GesR	GesundheitsRecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GK-BImSchG	Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Führ)
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GO	Geschäftsordnung
GOBNetzA	Geschäftsordnung der Bundesnetzagentur
GRCh	Grundrechtecharta
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts (Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [2. Aufl.] bzw. Voßkuhle/Eifert/ Möllers [3. Aufl.])
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Halbbd.	Halbband
HDSIG	Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz
HessStGH	Staatsgerichtshof des Landes Hessen
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Merten/Papier)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Isensee/Kirchhof)
HVwR	Handbuch des Verwaltungsrechts (Kahl/Ludwigs)
i. e.	id est
insbes.	insbesondere
IPE	Handbuch Ius Publicum Europaeum
IQWiG	Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
jew.	jeweils
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
juris	Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
KommJur	Kommunaljurist
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrV	Kranken- und Pflegeversicherung
LBG	Landesbeamtengesetz
LBO	Landesbauordnung
LDSG BW	Landesdatenschutzgesetz Baden-Württemberg
lit.	littera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LSG	Landessozialgericht
LT-Drs.	Landtags-Drucksache
LVG	Landesverwaltungsgesetz
LVSG BW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Baden-Württemberg
LVSG NRW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen
LVSG S-H	Gesetz über den Verfassungsschutz im Lande Schleswig-Holstein
LVwG S-H	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
(L)VwVfG	(Landes-)Verwaltungsverfahrensgesetz
MAD	Militärischer Abschirmdienst
MBVerfV	Methodenbewertungsverfahrensverordnung
MedR	Medizinrecht
mglw.	möglicherweise
MgvG	Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz
MMR	Multimedia und Recht
m. Nachw.	mit Nachweisen
Ms.	Manuskript
MVVerfG	Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NdsPOG	Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
NdsStGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NdsVerf	Niedersächsische Verfassung
N.F.	Neue Folge
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKRG	Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NRWVSG	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NWVerfGH	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen



NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
N&R	Netzwirtschaften und Recht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPNVG	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr
ÖPNVG BW	Gesetz über die Planung, Organisation und Gestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs Baden-Württemberg
ÖPNVG NRW	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen
ÖPNVG SA	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr im Land Sachsen-Anhalt
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAG	Polizeiaufgabengesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PBefZuVO	Verordnung der Landesregierung und des Verkehrsministeriums über personenbeförderungsrechtliche Zuständigkeiten (Baden-Württemberg)
PflSchG	Pflanzenschutzgesetz
PharmR	Pharma Recht
PKGrG	Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes
PLOS	Public Library of Science
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
POG	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
POG Rh1-Pf	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz
PolDVG	Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei
PolG	Polizeigesetz
PolG BW	Polizeigesetz Baden-Württemberg
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
PUAG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Satz, Seite
s. a.	siehe auch
SaarlPolDVG	Saarländisches Gesetz über die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei
SaarlPolG	Saarländisches Polizeigesetz
SachsAnhVerf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
SachsAnhVerfG	Verfassungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt

SächsAGG 10	Gesetz zur Ausführung des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz im Freistaat Sachsen
SächsDSG	Gesetz zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung im Freistaat Sachsen
SächsPolG	Polizeigesetz des Freistaates Sachsen
SächsPVDG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Datenverarbeitung und Organisation des Polizeivollzugsdienstes im Freistaat Sachsen
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
SächsVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen
SächsVSG	Gesetz über den Verfassungsschutz im Freistaat Sachsen
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte(r/n)
SOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SOG M-V	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern
SozR	Sozialrecht
Sp.	Spalte
StandAG	Standortauswahlgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StuW	Steuer und Wirtschaft
StV	Strafverteidiger
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SVerf	Verfassung des Saarlandes
TA Lärm	Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm
TA Luft	Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft
ThürPAG	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei
ThürVerf	Verfassung des Freistaats Thüringen
ThürVerfGH	Thüringer Verfassungsgerichtshof
TK	Telekommunikation(s)
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	und andere, unter anderem, und andernorts
UAbs.	Unterabsatz
unveröffentl.	unveröffentlichtes
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
US	United States
USA	United States of America
UVgO	Unterschwelvenvergabeordnung
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung(s)
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
v.	vom, von
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfO	Verfahrensordnung

VerfO GBA	Verfahrensordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VK	Vergabekammer
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen
Vol.	Volume
VR	Verwaltungsrundschau
vs.	versus
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WAR	Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
WD	Wissenschaftliche Dienste
WIK	Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZKBS	Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit
ZKBSV	Verordnung über die Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zuf.	zusammenfassend

## § 1

# Einführung

### I. Das Erstarren des Verfahrens(gedankens)...

Für lange Zeit standen Verfahrensfragen in den Diskussionen der Verwaltungs- und Verfassungsrechtswissenschaft im Schatten des materiellen Rechts.<sup>1</sup> Das tradierte und zuweilen noch immer betonte Dogma der (nur) „dienenden Funktion“<sup>2</sup> des Verfahrens verwies sie in die zweite Reihe, und die Randständigkeit der Gesetzgebungslehre<sup>3</sup> ließ auch das Legislativverfahren aus dem Blick geraten. Geblieben ist von dieser Verfahrenslethargie wenig. Mit dem Schwinden des Vertrauens in die Leistungsfähigkeit inhaltlicher Gesetzessteuerung hat das materielle Recht seinen ehemals unangefochtenen Vorrang eingebüßt; und das Verfahrensrecht hat in einem Maß an Selbststand gewonnen, das inzwischen zu einem allgemeinen Erstarren des Verfahrensgedankens geführt hat.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 17.

<sup>2</sup> Ausführlich *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010; der Begriff der „nur dienenden Funktion“ auch bei *E. Schmidt-Aßmann/A.-K. Kaufhold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwR II*, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 4; siehe zur Differenzierung zwischen „nur dienender“ und „dienender Funktion“ *P. Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (332f.). Im Verfassungsrecht begegnet der Gedanke der (nur) dienenden Funktion des Verfahrens insbesondere in der Diskussion darüber, ob die grundgesetzlichen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren als bloße „Ordnungsvorschriften“ qualifiziert werden können, deren Verletzung nicht zur Unwirksamkeit des Gesetzes führt, vgl. dazu etwa *G. Axer*, *NVwZ* 2010, S. 624 (626f.); *B. Meermagen/H. Schultzky*, *VerwArch* 101 (2010), S. 539 (562f.); *H. Schulze-Fielitz*, *NVwZ* 1983, S. 709 (710f.).

<sup>3</sup> Zu deren Konjunkturen *K. Meßerschmidt*, *ZJS* 2008, S. 111 (113 ff.), der eine Renaissance seit der Jahrtausendwende konstatiert; beispielhaft hierfür aus jüngerer Zeit etwa *Kluth/Krings* (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014; *A. Schwerdtfeger*, *Krisengesetzgebung*, 2018; *A. Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, 2017; für die Unionsebene *M. Mödinger*, *Bessere Rechtsetzung*, 2020.

<sup>4</sup> Siehe *K. Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessen*, 2000, S. 817; *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 15; *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 23: „Avancement“; *C. Sandforth*, Prozeduraler Steuerungsmodus und moderne Staatlichkeit, 2002, S. 168 ff.; *E. Schmidt-Aßmann/A.-K. Kaufhold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwR II*, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 46: „Bedeutungszuwachs“. Im Folgenden stehen zwar das deutsche Verwaltungs- und Verfassungsrecht im Zentrum der Untersuchung, doch ist die Diagnose nicht auf diese beschränkt; siehe zur entsprechenden Entwicklung im Völkerrecht etwa *J. Rauber*, *AöR* 143 (2018), S. 67 (insbes. 104 ff.); zum Europarecht (und dessen Einfluss auf das nationale Recht) etwa *M. Febling*, in: *Leible/Terhechte* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz-*

Im Verwaltungsrecht gilt es so heute als Gemeinplatz, dass die mit der dienenden Funktion des Verfahrens verbundene Vorstellung, die Aufgabe des Verwaltungsverfahrens erschöpfe sich darin, die materiell-rechtliche Richtigkeit der zu treffenden Entscheidung zu gewährleisten,<sup>5</sup> dem geltenden Recht nicht gerecht wird, ja im Grunde nie völlig zutrif.<sup>6</sup> Mit dem Topos des „Eigenwerts des Verfahrens“ wird angesichts dessen vielfach betont, dass die Bedeutung von (Verwaltungs-)Verfahren über die Verwirklichung bereits feststehender materiell-rechtlicher Vorgaben weit hinausreicht.<sup>7</sup> Verfahren konkretisieren offene materiell-rechtliche Normen,<sup>8</sup> indem sie das auf Rechtsetzungsebene fehlende Wissen generieren<sup>9</sup> und die von der ausstehenden Entscheidung berührten Interessen in die Entscheidungsfindung integrieren;<sup>10</sup> sie erfüllen damit eigenstän-

---

und Verfahrensrecht, 2014, § 3 Rn. 60 ff.; *S. Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010; zum US-amerikanischen Verwaltungsrecht etwa *O. Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 194 f.; *R. B. Stewart*, Harvard Law Review 88 (1975), S. 1667 (1748 ff., 1756 ff.). – Zum Zusammenhang zwischen Krise des materiellen Rechts und Bedeutungszuwachs von Verfahrensvorgaben sogleich noch unten § 1 II; der Bedeutungszuwachs verfahrensrechtlicher Elemente wird daneben auch auf den Einfluss des Unionsrechts zurückgeführt, siehe dazu die Nachweise in Fn. 22.

<sup>5</sup> Eine solche Konzeption findet sich etwa noch bei *O. Groschupf*, DVBl. 1962, S. 627 (630, 632); *K. A. Bettermann*, DVBl. 1963, S. 826 (827).

<sup>6</sup> *P. Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (332 f.); *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 108; *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 16 f., 189 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 305; ähnlich *F. Hufen/T. Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl. 2021, Rn. 31: „nicht mehr gerecht wird“; s. aus rechtstheoretischer Perspektive auch *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 186 ff.

<sup>7</sup> Siehe insbes. *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 189 ff.; *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 160 ff., 403 und öfter; *M. Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (281 ff., insbes. 285 f., sowie 307 ff.); ferner *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 221; *M. Klinsing*, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, 2019, S. 137 ff.; *P. Langenbach*, Der Anhörungseffekt, 2017, S. 15; *H. C. Röhl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 38 f.; differenzierend *C. Möllers*, in: Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 489 (497).

<sup>8</sup> Zu dieser Konkretisierungsfunktion: *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 231 ff.; *J.-P. Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 28 Rn. 1 f.; ebenso *P. Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (333).

<sup>9</sup> Dazu *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009; *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 191 ff.; *H.-H. Trute*, Die Verwaltung, Beiheft 9 (2010), S. 11 (28 ff.); *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 54 ff.; *H. C. Röhl*, Die Verwaltung, Beiheft 9 (2010), S. 65 (82 ff.); *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 24 ff.

<sup>10</sup> *M. Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (309 ff.); *J.-P. Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 28 Rn. 3 f.; vgl. auch *W. Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9 (39): „Mittel zur Wahrung der rechtserheblichen Interessen“.

dige Rechtsschutzfunktionen<sup>11</sup> und gewährleisten gerade jenseits materiell-rechtlicher Maßstäbe die Sachrichtigkeit und Rationalität behördlicher Entscheidungen.<sup>12</sup>

Dass die Bedeutung des Verfahrens daneben auch im Verfassungsrecht gewachsen ist, belegt das dichte Netz prozeduraler Anforderungen, von dem mittlerweile auch das gesetzgeberische Handeln umspunnen ist.<sup>13</sup> Auch wenn die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung bislang keine einheitliche Linie erkennen lässt,<sup>14</sup> so fordert sie doch immer wieder, der Gesetzgeber müsse alle maßgeblichen Tatsachen zutreffend und vollständig ermitteln, sie bewerten, denkbare Alternativen erwägen und all das in einer Begründung nachvollziehbar und transparent darlegen; im Hinblick auf die von ihm getroffenen Prognosen und Tatsachenannahmen treffe ihn zudem eine fortlaufende Beobachtungspflicht, die sich gegebenenfalls zu einer Nachbesserungspflicht verdichte.<sup>15</sup> Die einst von *Willi Geiger* plakativ formulierte Überzeugung, der Gesetzgeber schulde nichts als das Gesetz,<sup>16</sup> weicht mit diesen Verfahrenspflichten erkennbar auf.<sup>17</sup> Denn bleibt der Gesetzgeber hinter ihnen zurück, so steht das Gesetz „bereits wegen dieser Mängel nicht mehr mit [dem Grundgesetz] in Einklang“<sup>18</sup>. Ihr Selbststand gegenüber dem materiellen Recht ist damit unverkennbar. Getragen vom Ideal einer „[o]ptimale[n] Methodik der Gesetzgebung“<sup>19</sup> verleihen sie einem Verfahrensverständnis Ausdruck, in dem sich das Verfahren als eigenständiger Rationalitätsgarant parlamentarischer Gesetzgebung etabliert.<sup>20</sup>

<sup>11</sup> *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 41 ff.; *M. Febling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (307 ff.); *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozeßrecht, 2004, S. 47 ff., 62 ff.; *P. Langenbach*, Der Anhörungseffekt, 2017, S. 15, 17 ff.; *F. Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 21 (25 ff.); *R. Wahl*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (160 ff.).

<sup>12</sup> Zur Richtigkeitsgewähr siehe *M. Febling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (285 f.); *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 214 ff.; *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (238 ff.); *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 34 ff.; *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 201 ff.; zur Rationalitätsgewähr s. *P. Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (346 ff.) m. Nachw.

<sup>13</sup> Siehe etwa *C. Möllers*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 281 (396 f.), der in Bezug auf die „Pflichten des Gesetzgebers zur systematischen Faktenbeobachtung“ konstatiert, diese haben sich „stark verdichtet“.

<sup>14</sup> *G. Britz*, Die Verwaltung 50 (2017), S. 421; *A. Wieckhorst*, DÖV 2018, S. 845; zur Uneinheitlichkeit in der früheren Rechtsprechung siehe bereits *M. Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 368 ff.

<sup>15</sup> Für einen Überblick siehe *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 8 ff. sowie ausführlich noch unten § 3 V.

<sup>16</sup> *W. Geiger*, in: Berberich/Holl/Maaß (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 131 (141); ebenso *K. Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (109).

<sup>17</sup> Ebenso *G. Krings*, in: Kahl/Mager (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, 2019, S. 241 (251).

<sup>18</sup> BVerfGE 125, 175 (226).

<sup>19</sup> *G. Schwerdtfeger*, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 173 (173).

<sup>20</sup> Vgl. zu dieser Diskussion insbes. *M. Cornils*, DVBl. 2011, S. 1053; *B. Grzeszick*, VVD-

## II. ... und die Schwäche des materiellen Rechts

Den Hintergrund für dieses Erstarken des Verfahrensgedankens bildet die Schwäche des materiellen Rechts: Prozedurale Vorgaben gewinnen gerade dort an Bedeutung, wo inhaltliche Normvorgaben vage bleiben oder fehlen.<sup>21</sup>

In der Verwaltungsrechtswissenschaft wird der Selbststand des Verfahrens dementsprechend vor allem auf eine gebietsspezifisch zurückgenommene Direktionskraft des Gesetzes zurückgeführt.<sup>22</sup> In Bereichen, die sich durch eine starke Dynamik, hohe Komplexität und eine ausgeprägte Kontextsensitivität auszeichnen und in denen es an Erfahrungswissen über regelungsrelevante Wirkungszusammenhänge fehlt, bedient sich das Verwaltungsrecht offener und inhaltlich ausgedünnter Vorgaben, durch die das Behördenhandeln nur schwach determiniert wird.<sup>23</sup> Finalprogramme und Abwägungsstrukturen, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe gewinnen so vor allem in naturwissen-

---

StRL 71 (2012), S. 49; *G. Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), S. 7; ausführlich *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017.

<sup>21</sup> Aus dem verwaltungsrechtlichen Schrifttum etwa *I. Appel*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327 (355 f.); *ders.*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 173 ff.; *D. Grimm*, NVwZ 1985, S. 865 (866); *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (238 f.); *V. Karageorgou*, Das Umweltordnungsrecht, 2003, S. 108; *M. Klinsing*, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, 2019, S. 136; *F. Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 21 (27 f.); *R. Wahl*, Verfahren, in: Görres-Lexikon, Bd. V, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (632); *R. Wolf*, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 57 (57 ff.); *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 170 f.; s. a. *E. Schmidt-Aßmann*, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 (11); *ders./A.-K. Kaufhold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 65; *J. Ziekow*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 349 (369); zu Nachweisen aus der verfassungsrechtlichen Literatur siehe unten Fn. 26; allgemein *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 172.

<sup>22</sup> Daneben geht der Bedeutungszuwachs des Verwaltungsverfahrens auf den Einfluss des Unionsrechts zurück, siehe u. a. *M. Febling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (317); *W. Kahl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (472 f.); *ders.*, NVwZ 2011, S. 449 (455); *ders.*, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V, 2014, § 74 Rn. 66 f.; *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 103 ff.; *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (233); siehe auch *K. F. Gärditz*, Gutachten D zum 71. Dt. Juristentag, 2016, D 83; *O. Lepsius*, Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 179 (192); *H. C. Röhl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 7; *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 34 ff.; *H. Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 273 ff.; zurückhaltend bis einschränkend hingegen *T. Müller*, Die Europäisierung der Verwaltungsverfahrensgesetze in Deutschland und Spanien, 2019, S. 60 f.

<sup>23</sup> Vgl. *I. Appel*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327 (354); *ders.*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 164 f. für Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen; *H. Schulze-Fielitz*, in: Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 135 (147); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 176 ff.; siehe auch *E. Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 38; *A. Scherzberg*, VVDStRL 63

schaftlich-technisch geprägten Gegenstandsbereichen, wie etwa dem Umwelt-, Technik- und Risikoverwaltungsrecht, an Bedeutung.<sup>24</sup> Angesichts der durch sie entstehenden Offenheit lässt sich die Funktion des Verfahrens in diesen Bereichen schon deshalb nicht mehr in strenger Akzessorietät zum materiellen Recht beschreiben, weil es an feststehenden materiell-rechtlichen Vorgaben fehlt, deren Verwirklichung das Verfahren „nur dienen“ könnte. Beinahe unausweichlich geht die verringerte Dichte des materiellen Rechts daher mit einer funktionellen Eigenständigkeit des Verfahrens einher,<sup>25</sup> für die die Offenheit des materiellen Rechts zugleich die erforderlichen Spielräume schafft.

In ganz ähnlicher Weise tritt auch das neuerliche Insistieren auf bislang unbekanntem Verfahrenspflichten des Gesetzgebers regelmäßig als Kehrseite legislativer Freiräume auf.<sup>26</sup> Gerade angesichts gesetzgeberischer Einschätzungsprärogativen, legislativer Gestaltungsspielräume und der entsprechend zurückgenommenen Möglichkeiten einer inhaltlichen Rechtskontrolle flüchtet sich das Verfassungsrecht in erhöhte prozedurale Anforderungen an die parlamentarische Entscheidungsfindung. Die Unausweichlichkeit gesetzgeberischer (Prognose-)Entscheidungen, für die es an einer wissenschaftlich geklärten Tatsachenbasis fehlt, und die Erforderlichkeit gesetzgeberischer (Grundrechts-)Abwägungen, für deren Angemessenheit die Verfassung keine einzig richtige Entscheidung

---

(2004), S. 214 (244): „[D]ie mangelnde Regelungsreife einer Materie und der Zwang zur Dynamisierung der Vorsorge [könne] einer inhaltlichen Maßstabildung entgegenstehen“.

<sup>24</sup> *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 157 ff., 164, 167 ff.; *T. Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 50 f.; für das Regulierungsrecht *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 2, 21 ff., 28 ff.; für das Umweltrecht *E. Hagenab*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 38; für das Risikoverwaltungsrecht *L. Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 217 ff.; knapp auch *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 49; aus staatsrechtlicher Perspektive *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben, 1990, S. 291 (299 f.).

<sup>25</sup> Vgl. *I. Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (273); siehe auch *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 283 f., der derart offenen materiellen Vorgaben, insbesondere unbestimmten Rechtsbegriffen und Zielformelbegriffen, aufgrund der erforderlichen Ergänzung im Verfahren eine „Verfahrens- bzw. Ablaufstruktur“ attestiert.

<sup>26</sup> In diesem Sinne etwa *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 429, siehe auch ebd., S. 427 f.; *H. M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 335; *T. Jacob*, in: Modrzejewski/Naumann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 5, 2019, S. 53 (71 f.); *M. Meßling*, in: Festschrift für R. Jaeger, 2011, S. 787 (818 f.); *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 215 f.; *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 43: „Wechselwirkungen zu gesetzgeberischen Einschätzungsspielräumen“; ausführlich zum Konnex zwischen Verfahrenspflichten und gesetzgeberischen Einschätzungsspielräumen auch *M. Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 367 ff., insbes. S. 384 ff.; vgl. auch *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2010, S. 299; *O. Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (207); zum Gebot gesetzgeberischer Folgerichtigkeit ebenso *L. O’Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 39 f., 115 ff.; siehe ferner *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 819 m. w. Nachw.



vorgibt, erzeugen normative Offenheiten, auf die das Verfassungsrecht mit einer Betonung des Verfahrens reagiert.<sup>27</sup> Auch im Hinblick auf die Gesetzgebung schafft damit gerade die in Folge epistemischer und normativer Ungewissheiten<sup>28</sup> und Leerstellen<sup>29</sup> reduzierte Regelungsdichte des (Verfassungs-)Rechts die Spielräume, die den Selbststand des Verfahrens zugleich ermöglichen und erzwingen.

### III. Prozeduralisierung des öffentlichen Rechts als Entwicklungsnarrativ

Aus der rechtsgebietsübergreifenden Außenperspektive stellt sich dieser Zusammenhang von reduzierten Inhalts- und gesteigerten Verfahrensanforderungen als Symptom einer allgemeineren Entwicklung des Rechts dar, für die die Rechtstheorie das (Fortschritts-)Narrativ der Prozeduralisierung geprägt hat.<sup>30</sup> Dessen Kern bildet die Beobachtung, dass das moderne Recht seine überkommene Ergebnisorientierung zugunsten einer Ausrichtung an ausgangsoffenen Prozessen aufgibt und in der Folge vielerorts von inhalts- zu verfahrensbezogenen Regelungsstrukturen übergeht.<sup>31</sup> Statt das „Was“ einer Entscheidung, also deren Inhalt, vorzugeben, beschränkt sich das Recht darauf, deren „Wie“ zu

<sup>27</sup> Zur Verfahrensbetonung bei Prognoseentscheidungen siehe etwa *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 64f. und S. 77 (für die untergesetzliche Normsetzung); zur Prozeduralisierung der Angemessenheitsprüfung *J. Buchheim*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 77, insbes. S. 87ff.; vgl. auch *O. Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (207).

<sup>28</sup> Siehe zur Unterscheidung und Lokalisation dieser Spielräume *M. Klatt/J. Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, 2010, S. 15ff., 41ff.

<sup>29</sup> Wer davon ausgeht, dass eine einzig richtige Entscheidung im Rahmen der Angemessenheit nicht existiert, kann insofern nicht von einer Ungewissheit sprechen; dazu auch *J. Buchheim*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 77 (86f.).

<sup>30</sup> Siehe dazu *F. Saliger*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. 2016, S. 434 (434, 437ff.); ferner *T. Bauer*, Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 116ff.; *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 39–89; zur Prozeduralisierung als Evolutionsgeschichte knapp auch *E. Neubann*, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 123 (135). Neben dieser entwicklungsgeschichtlichen Deutung firmieren zahlreiche weitere rechtstheoretische, -philosophische und -soziologische Ansätze unter dem Dach der Prozeduralisierung des Rechts, vgl. für einen Überblick zu diesen Theorien *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 91–145; *A. Eicker*, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 86ff.; *R. Francuski*, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 120ff.; *T. Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (19ff.); *C. Sandforth*, Prozeduraler Steuerungsmodus und moderne Staatlichkeit, 2002, S. 292ff.; *T.F. Schweiger*, Prozedurales Strafrecht, 2018, S. 82–118; für die Prozeduralisierungsthese im Umweltrecht prägend *E. Hagenab*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996.

<sup>31</sup> Vgl. *A. Eicker*, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 9; *F. Ekaradt*, Information,

bestimmen, also den Vorgang der Entscheidungsfindung zu konturieren. Ja, ganz generell werde Recht „nicht mehr primär vom Ergebnis her, sondern vom Vorgang her gedacht und betrachtet“.<sup>32</sup>

Eingebettet in ein idealtypisches Entwicklungsmodell stellt das derart prozeduralisierte Recht den vorläufigen Endpunkt einer Rechtsevolution dar, die in drei Stufen verläuft: Auf das *formale Recht* des bürgerlichen Rechtsstaats folgt mit der Ausweitung der Staatstätigkeit zunächst das *materiale Recht* des stärker interventionistischen Wohlfahrtsstaats; erst im Zuge der Prozeduralisierung wird dieses seinerseits durch ein *prozedurales Recht* abgelöst, das zur Durchsetzung seines Steuerungsanspruchs stärker auf Verfahren, statt auf Inhalte setzt.<sup>33</sup>

In diesem Dreischritt aus formalem, materialem und prozeduralem Recht verdient das Recht des liberalen Rechtsstaats die Beschreibung als formales Recht deshalb, weil es auf eigene Zwecksetzungen weitgehend verzichtet. Es versteht sich nicht als Instrument hoheitlicher Sozialgestaltung, sondern beschränkt sich stattdessen darauf, die Bedingungen gesellschaftlicher Selbststeuerung zu sichern.<sup>34</sup> In dem „Glauben an die heilsbringenden und fortschrittsdienlichen Kräfte des Marktes“<sup>35</sup> überlässt es die Aufgabe der Gemeinwohlkonkretisierung dem freien Zusammenwirken der Gesellschaftsmitglieder.<sup>36</sup> Eines Eingreifens des Staates bedarf es vor diesem Hintergrund nur dann, wenn „einzelne Gesellschaftsmitglieder ihre Freiheit zur Verletzung der glei-

---

Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, S. 19; W. Hassemer, in: Festschrift für E. G. Mahrenholz, 1994, S. 731 (750f.).

<sup>32</sup> T. Bauer, Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 118; T. Sheplyakova, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (2); vgl. R. Francuski, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 176, die dementsprechend betont, es sei ein Kennzeichen der Prozeduralisierung des Rechts, dass das Recht auf „inhaltliche Vorgaben zu gewissen Fragen verzichtet und an deren Stelle allein die Einhaltung festgelegter Verfahrensschritte einfordert“, wobei das Ergebnis, das sich aus diesen ergeben, „anschließend als materiell richtig anerkannt“ werde; aus rechtsphilosophischer Perspektive auch W. Hassemer, in: Festschrift für E. G. Mahrenholz, 1994, S. 731 (747f.).

<sup>33</sup> Siehe zu diesem Drei-Stadien-Modell neben den in Fn. 30 bereits genannten Autoren noch T. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 27–114; K. Eder, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben, 1990, S. 155 (164ff.); G. Teubner, ARSP 68 (1982), S. 13 (24ff.) – mit leicht abweichender Terminologie; vgl. auch R. Wiethölter, in: Gessner/Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, 1982, S. 38 (42f.); ders., in: Teubner (Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, 1986, S. 221 (225f.).

<sup>34</sup> P. Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967, S. 25; D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (293); weniger deutlich, aber in der Sache ebenso G.-P. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 41; siehe auch J. Rauber, AöR 143 (2018), S. 67 (70f.).

<sup>35</sup> O. Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 50.

<sup>36</sup> P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 8; D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (616); J. Rauber, AöR 143 (2018), S. 67 (70f.).

chen Freiheit anderer gebrauchen und auf diese Weise die gesellschaftlichen Selbststeuerungsmechanismen außer Kraft setzen“.<sup>37</sup>

In der Wahrnehmung vieler blieb das liberale Versprechen, eine gerechte Gesellschaftsordnung allein durch die formale Sicherung gleicher Freiheit und die Bereitstellung von Mechanismen der Selbstorganisation gewährleisten zu können, jedoch unerfüllt.<sup>38</sup> Mit dem Übergang zum Wohlfahrtsstaat reagiert das Recht auf diese Erkenntnis: Die Staatstätigkeit weitet sich auf Bereiche aus, die das Recht ursprünglich der gesellschaftlichen Selbststeuerung überlassen hatte;<sup>39</sup> die staatliche Zwecksetzung tritt vielerorts an die Stelle freier gesellschaftlicher Gemeinwohlkonkretisierung; und staatliche Interventionen beschränken sich nun nicht mehr darauf, in Störungsfällen den Status Quo wiederherzustellen. Stattdessen erhebt das Recht einen eigenen inhaltlichen Gestaltungsanspruch, der eine weitreichende Materialisierung des Rechts zur Folge hat.<sup>40</sup> Der Wohlfahrtsstaat greift zur Verwirklichung seiner Steuerungsziele auf materiell bestimmte Verhaltens- und Entscheidungsvorgaben zurück.

Die Regelungsstrukturen, derer er sich dabei bedient, weisen indes eine erhebliche Unbestimmtheit auf: Abwägungsvorbehalte, Generalklauseln, Zweckbestimmungen und Ergebnis- statt konkreter Verhaltensvorgaben prägen die zweite Entwicklungsstufe des Rechts.<sup>41</sup> Und so geht die Ausweitung der Staatstätigkeit mit einer zurückgenommenen Dichte und Klarheit der entstehenden Normen einher.<sup>42</sup> Der materielle Steuerungsmodus des wohlfahrtsstaatlichen Rechts stößt angesichts dessen an seine Grenzen. Während die systemtheoretisch inspirierte Forschung diese Entwicklung auf die Komplexität einer zu-

<sup>37</sup> D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (616).

<sup>38</sup> G.-P. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 46; F.-X. Kaufmann, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 15 (23 f.); vgl. auch J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 484 f.

<sup>39</sup> A. Eicker, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 8; D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (623); A. Windoffer, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011, S. 543; für die USA ebenso H. G. Schütze, Der Erlaß von Rechtsvorschriften durch die Bundeswirtschaftsverwaltung in den USA, 1974, S. 23; vgl. ferner F.-X. Kaufmann, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 15 (23 ff.).

<sup>40</sup> Siehe zum Ganzen D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (624); ders., in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (297); J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 479 f., 484 ff.; knapp auch R. Francuski, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 56 f.; T. Sheplyakova, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (23 f.); G. Teubner, ARSP 68 (1982), S. 13 (25); T. Vesting, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 101 (114).

<sup>41</sup> Ausführlich I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 134 ff.; siehe ferner G.-P. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 65: Abwägungen; D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (300): Zweckprogramme und Abwägungen; K. Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 51 (63): Ergebnisverpflichtungen.

<sup>42</sup> Vgl. G. Teubner, ARSP 68 (1982), S. 13 (25): „offen definierte Standards und vage Generalklauseln“; H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (405).

nehmend ausdifferenzierten Gesellschaft zurückführt,<sup>43</sup> sieht die staatstheoretische Lesart den Grund hierfür im gestaltend-prospektiven Charakter wohlfahrtsstaatlicher Regelungstätigkeit. Sie weise einen Zukunftsbezug auf, der es angesichts der erforderlichen Prognosen und Ungewissheiten unmöglich mache, inhaltliche Handlungsvorgaben ergebnisgenau zu normieren.<sup>44</sup>

Die Prozeduralisierung des Rechts und die mit ihr einhergehende Betonung prozeduraler Regelungsstrukturen stellt sich insofern als Krisenreaktion dar.<sup>45</sup> In der Hoffnung, die Schwierigkeiten einer materiell-rechtlichen Steuerung umgehen und die Defizite des wohlfahrtsstaatlichen Regelungsmodus' ausgleichen zu können, setzt das Recht in seiner dritten Entwicklungsstufe auf Verfahren statt auf Inhalte.<sup>46</sup> Das Recht flüchtet sich in die Prozedur.

#### IV. Kompensation durch Verfahren als These und Desiderat

Die Korrelation von reduzierten Inhalts- und gesteigerten Verfahrensanforderungen erscheint im Lichte dieser Genealogie als mehr als ein bloßer Zufall. Vielmehr ist die Flucht ins Verfahren mit der gezielten Erwartung verbunden, dass sich die Schwächen der materiell-rechtlichen Steuerung durch eine Stärkung prozeduraler Anforderungen ausgleichen lassen. Derart als Ausgleichsinstrumente konzipiert, entfalten Verfahrensvorgaben ihre eigentliche Bedeutung dort, wo die Entscheidungssteuerung durch inhaltliche Normvorgaben Schwierigkeiten bereitet; sie ergänzen oder ersetzen das materielle Recht, um dessen

<sup>43</sup> G. Teubner/H. Willke, ZfRSoz 6 (1984), S. 4 (insbes. 22 ff.); M. Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, S. 73 ff.; dazu K. Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 51 (51 f.); K. F. Röhl, ZfRSoz 14 (1993), S. 1 (21 ff.).

<sup>44</sup> G.-P. Callies, Prozedurales Recht, 1999, S. 39–89; D. Grimm, NVwZ 1985, S. 865 (866 f.); ders., in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (insbes. 299 ff.); ders., in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (614 ff.); H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (405); R. Wahl/I. Appel, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (14); im Überblick auch T. Bauer, Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 120 ff.; zum Zusammenhang von Zukunftsorientierung und Prozeduralisierung auch J. Rauber, AÖR 143 (2018), S. 67 sowie knapp A. Windoffer, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011, S. 542 f.

<sup>45</sup> A. Eicker, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 8 f.: „möglicher Ausweg aus [der] Krise“; T. Sheplyakova, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1: „Antwort [...], die angesichts der Krise des regulativen Rechts [...] unausweichlich schien“; kritisch zur zugrundeliegenden Krisendiagnose allerdings J. H. Klement, Verantwortung, 2006, S. 13 ff.

<sup>46</sup> Zuletzt scheint das Vertrauen in die Prozeduralisierung indes wieder zu schwinden, paradigmatisch insofern der einstimmig getroffene Beschluss Nr. 15 des 71. DJT 2016 (abgedruckt in DVBl. 2016, S. 1516 [1517]): „Die materielle Programmierung der Verwaltung sollte [...] nicht einseitig zu Gunsten einer Prozeduralisierung zurückgenommen werden.“

Defizite zu kompensieren. Die Prozeduralisierung des Rechts ruht so auf dem impliziten Versprechen einer *Kompensation durch Verfahren*.<sup>47</sup> Von Gegnern wie Befürwortern wird sie, so ist im rechtstheoretischen Schrifttum denn auch zu lesen, „im Wesentlichen als eine Kompensationsstrategie verstanden“.<sup>48</sup>

In der Dogmatik des öffentlichen Rechts findet sich diese Diagnose bestätigt. Ja, in den Diskussionen der an Verfahrensfragen interessierten Verwaltungswissenschaft ist der Kompensationsgedanke geradezu ubiquitär. Ausgehend von der oben skizzierten Beobachtung, dass prozedurale Vorgaben gerade dort an Bedeutung gewinnen, wo inhaltliche Normvorgaben vage bleiben oder fehlen, attestiert das verwaltungsrechtswissenschaftliche Schrifttum dem Verwaltungsverfahren eine Kompensationsfunktion:<sup>49</sup> Materiell-rechtliche Defizi-

<sup>47</sup> Die Bezeichnung als „Kompensation durch Verfahren“ findet sich etwa auch bei *D. Kugelmann*, DÖV 2003, S. 781 (787); *M. Möstl*, DVBl. 2007, S. 581 (589 in Fn. 80); *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (350); *J. Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014, S. 250; ähnlich *W. Durner*, VVDStRL 70 (2011), S. 398 (434): „Kompensation durch Verfahrensrecht“.

<sup>48</sup> *T. Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (17); ebenso auch *G. Teubner*, ARSP 68 (1982), S. 13 (25): „kompensatorisch“; siehe aber auch die Differenzierung zwischen komplementärer und kompensatorischer Prozeduralisierung bei *S. Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010, S. 53. Auch das BVerfG spricht ausdrücklich von einer „Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung“, siehe etwa BVerfGE 139, 64 (127); 140, 240 (296); 149, 382 (395).

<sup>49</sup> Siehe u. a. *I. Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (272); *M. Febling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (284, 287 in Fn. 31, 328 mit und in Fn. 201); *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 218 f. und öfters m. w. Nachw.; *E. Gurlit*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR IV, 2022, § 109 Rn. 7; *W. Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9 (22); *ders.*, AöR 130 (2005), S. 5 (35 f.); *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 67 f.; *M. Klinsing*, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, 2019, S. 148; *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 19 Rn. 15; *M. Möstl*, DVBl. 2007, S. 581 (586); *D. Neumann*, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, S. 182 ff.; *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 55, 70, 447 und öfter; *H.-H. Trute*, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (419); *H.-H. C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 14, 175, 231, 263; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 (7); *ders./A.-K. Kaufhold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 45; *W. Schmitt Glaeser*, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (42 f., 48 f.); *J.-P. Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2022, § 28 Rn. 1; *R. Scholz*, VVDStRL 34 (1976), S. 145 (173, 211 ff.); *R. Wahl*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (158 f., 161, 185); *ders.*, Verfahren, in: Görres-Lexikon, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (632); *A. Windoffer*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011, S. 549; *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 276, 292, 427, 430, 432, 448, 537, 584, 594; *J. Ziekow*, in: König/Merten (Hrsg.), Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 69 (83 f.); in der Sache ebenso *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 71, 181 f., ausdrücklich S. 122; ferner *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 67; kritisch *K. F. Gärditz*, Gutachten D zum 71. Dt. Juristentag, 2016, D 83 f.; relativierend auch *M. Pöcker*, DÖV 2003, S. 980 (982 f.).

te würden, so die These, durch Verfahrensarrangements ausgeglichen. Und auch das verfassungsrechtliche Schrifttum betont beinahe durchweg, dass der Gedanke der Kompensation ein fallübergreifendes Motiv der ungeschriebenen prozeduralen Erfordernisse bildet, die die Rechtsprechung für das Gesetzgebungsverfahren etabliert hat: Den erhöhten Anforderungen an das Verfahren der Gesetzgebung sei die Aufgabe zugedacht, die geringe Dichte der materiellrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers sowie die entsprechend eingeschränkten Möglichkeiten einer inhaltlichen gerichtlichen Kontrolle auszugleichen.<sup>50</sup>

Die Selbstverständlichkeit, mit der die rechtstheoretische, verwaltungs- und verfassungsrechtliche Forschung das Erstarken von Verfahrensanforderungen als Kompensationsstrategie deuten, vermag allerdings kaum zu verbergen, dass die Vorstellung einer Kompensation durch Verfahren mehr Fragen aufwirft, als sie beantwortet: Auf welche Verfahrensinstrumente, d. h. welche Typen von Verfahrenspflichten, greift das Recht zurück, um die Schwächen inhaltlicher Gesetzessteuerung auszugleichen? Besteht dort, wo sie zum Einsatz kommen, aus rechtlicher Perspektive überhaupt ein Defizitzustand, der der Kompensation bedarf? Und inwiefern tragen die entsprechenden prozeduralen Anforderungen an die Entscheidungsfindung dazu bei, diesen Defizitzustand auszugleichen? Erlaubt es das Verfassungsrecht überhaupt, inhaltliche Vorgaben durch Verfahrensvorgaben zu ersetzen? Wo liegen die rechtlichen Grenzen einer solchen Prozeduralisierung? Und wie verhält sich die behauptete Kompensationsfunktion des Verfahrens zu den übrigen dem Verfahrensrecht zugeschriebenen Zwecken?

Weder die verwaltungs- noch die verfassungsrechtliche Forschung geben auf diese Fragen bisher eine Antwort. In der Verwaltungsrechtswissenschaft konzentriert sich die Auseinandersetzung mit der Erstarkung des Verfahrensgedankens stattdessen darauf, Erscheinungsformen der Prozeduralisierung im

---

<sup>50</sup> So mit unterschiedlicher Akzentuierung im Detail *R. Brinktrine*, ZG 30 (2015), S. 201 (206f.); *M. Cornils*, DVBl. 2011, S. 1053 (1058, 1060); *H. Gartz*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 192, 194, 227, 274; *T. Hebel*, DÖV 2010, S. 754 (760); *T. Jacob*, in: *Modrzejewski/Naumann* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 5, 2019, S. 53 (72); *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2010, S. 299; *J. Nolte*, *Der Staat* 52 (2013), S. 245 (247); *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 102, 217; *G. F. Schuppert*, *Gute Gesetzgebung*, 2003, S. 22f.; *A. Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, S. 215f.; *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 43; *ders.*, DÖV 2018, S. 845 (852); im Ergebnis ebenso *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 437; *H.-J. Mengel*, ZG 5 (1990), S. 193 (195); siehe auch *K.-A. Schwarz/C. Bravidor*, JZ 2011, S. 653 (658); mit Blick auf das Sozialrecht *H. M. Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, S. 335; ähnlich *B. Grzeszick*, *VVDStRL* 71 (2012), S. 49 (70ff.) und *L. O'Hara*, *Konsistenz und Konsens*, 2018, S. 111 ff., 169f., 217: Kompensation demokratischer Defizite, wobei letzterer (ebd., S. 39f.) auch den Zusammenhang zu legislativen Spielräumen betont. Im Ergebnis ebenso, aber ohne konkrete Bezugnahme auf die genannte Rechtsprechung *M. Reicherzer*, *Authentische Gesetzgebung*, 2006, S. 443 sowie bereits zuvor knapp *K. Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessen*, 2000, S. 851 ff.

geltenden Verwaltungsrecht zu identifizieren<sup>51</sup> und über Konsequenzen des veränderten Verfahrensverständnisses, insbesondere für die Fehlerfolgenlehre der §§ 45, 46 VwVfG,<sup>52</sup> aber auch für Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitslehre,<sup>53</sup> nachzudenken. Wo doch einmal Bezüge zwischen Kompensationsgedanken und verwaltungsrechtlicher Prozeduralisierung aufscheinen,<sup>54</sup> bleibt die Frage, ob der Ausbau der an staatliche Verwaltungsbehörden gestellten Verfahrensanforderungen die Offenheit materiell-rechtlicher Vorgaben zu kompensieren vermag, explizit ausgeklammert.<sup>55</sup> Nur sehr vereinzelt und bereichsspezifisch wird der verfahrensrechtliche Kompensationsgedanke genauer analysiert.<sup>56</sup> Eine sachgebietsübergreifende Systematisierung kompensatorischer Verfahrenspflichten leisten indes auch diese Studien nicht. Da sie innerhalb der von ihnen untersuchten Rechtsgebiete zudem nicht klar zwischen verschiedenartigen Verfahrenspflichten differenzieren, bleiben in ihnen auch Unterschiede im Kompensationspotential – etwa von administrativen Konzeptpflichten einerseits und Begründungspflichten oder Betroffenenpartizipation andererseits – unerschlossen.

In der verfassungsrechtlichen Forschung ist die Vorstellung einer Kompensation durch Verfahren zwar eng mit der intensiv geführten Debatte darüber verbunden, welchen Verfahrens- und Rationalitätsanforderungen der parlamentarische Gesetzgeber unterliegt. Doch selbst die eingehenderen Beiträge in dieser Debatte nehmen zumeist nur einzelne der richterrechtlich entwickelten Verfahrensvorgaben, wie Konsistenzanforderungen<sup>57</sup> oder gesetzgeberische Begrün-

<sup>51</sup> Siehe etwa *C. Albrecht-Sautter*, Ökotoxikologie und Prozeduralisierung des Risikobegriffs, 2000, S. 229 (in Bezug auf Monitoring-Pflichten); *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 189 ff.; *T. Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 115 ff.; *R. Wolf*, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 57 (84 ff.); zum US-Recht *D. Wolfram*, Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, 2005.

<sup>52</sup> *W. Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9 (46 f.); *E. Schmidt-Aßmann/A.-K. Kaufhold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 46; *H. C. Röhl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 8, 39; ferner *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 19.

<sup>53</sup> *K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 141; *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 598 ff.

<sup>54</sup> Soweit ersichtlich bislang nur *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 63 ff.

<sup>55</sup> So bei *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 10 f., der den von ihm zugrunde gelegten Kompensationsbegriff auf Kompensationen durch Handlungen Privater begrenzt.

<sup>56</sup> So insbes. *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbe-fugnisse, 2018 und *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012; knapp auch *A. Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 110–118.

<sup>57</sup> Siehe insbes. *J. D. Brückner*, Folgerichtige Gesetzgebung im Steuerrecht und Öffentlichem Wirtschaftsrecht, 2014; *C. Bumke*, Der Staat 49 (2010), S. 77; *P. Dieterich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz, 2014; *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (55 ff.); *L. O'Hara*, Kon-

dungspflichten,<sup>58</sup> in den Blick. Sie konzentrieren sich auf die Frage, ob die jeweiligen Anforderungen im Grundgesetz eine Stütze finden. Dass die Rechtsprechung diese Frage zum Teil ausdrücklich mit einem Verweis auf den Kompensationsgedanken beantwortet und ihn gerade zur normativen Herleitung der von ihr postulierten Verfahrensanforderungen heranzieht,<sup>59</sup> steht in auffälligem Kontrast dazu, dass auf Seiten der Wissenschaft eingehendere Überlegungen zum kompensatorischen Charakter legislativer Verfahrensanforderungen selten geblieben sind.<sup>60</sup> Die wenigen verfassungsrechtlichen Studien, die sich um eine genauere Analyse bemühen, leuchten den Kompensationsgedanken nur in einzelnen Aspekten aus.<sup>61</sup> Und ihre Ergebnisse belegen, dass hinsichtlich der dogmatischen Verortung und Bewertung des Kompensationsgedankens noch immer Unklarheit besteht. So werden die legislativen Rationalitätsanforderungen zuweilen als Ausgleich für Defizite des demokratischen Verfahrens interpretiert,<sup>62</sup> an anderer Stelle hingegen als Ausdruck eines prozeduralen Grundrechtsschutzes gedeutet, der die geringe materiell-rechtliche Maßstäblichkeit grundrechtlicher Bestimmungen kompensiert.<sup>63</sup> Ob und vor welchem Maßstab sich das demokratische Verfahren beziehungsweise die Konkretisierungsbedürftigkeit der Grundrechte als kompensationsbedürftiges Defizit darstellt<sup>64</sup> und worin die Ausgleichsleistung der einzelnen prozeduralen Anforderungen besteht, bleibt dabei weitgehend unklar. Und auch die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Kompensation durch Verfahren sind bislang nicht bestimmt.<sup>65</sup>

---

sistenz und Konsens, 2018; *M. Payandeh*, AöR 136 (2011), S. 578; *S. Rixen*, JöR 61 (2013), S. 525 (528 ff.).

<sup>58</sup> *H. Gartz*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015; *T. Hebele*, DÖV 2010, S. 754; *C. Waldhoff*, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 325.

<sup>59</sup> Siehe etwa BVerfGE 130, 263 (301 f.).

<sup>60</sup> Bislang nur *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (70 ff.); *L. O'Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 111 ff., 169 f., 217; *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 248 ff., 252 f., 298, 350, 454 und öfter.

<sup>61</sup> *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 und *L. O'Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, nehmen ihn lediglich im Hinblick auf legislative Konsistenzanforderungen in den Blick. *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, lässt hingegen offen, inwiefern auch die in der Rechtsprechung betonten legislativen Beobachtungspflichten eine Ausgleichsfunktion erfüllen; der von ihm vorgestellte grundrechtlich fundierte Ansatz vermag zudem Kompensationsbehauptungen in Bereichen ohne Grundrechtsberührung – etwa im föderalen Finanzausgleich – nicht zu erfassen.

<sup>62</sup> *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (70 ff.); *L. O'Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 111 ff., 169 f., 217.

<sup>63</sup> *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 218–405, insbes. 350, 395 f.

<sup>64</sup> Kritisch dazu etwa *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 853.

<sup>65</sup> *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (72) identifiziert die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen als Desiderat; *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 454 stellt insofern ohne nähere Begründung fest, dass „materielle und ver-



## V. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Vor dem Hintergrund dieser Diagnose unternimmt die vorliegende Arbeit eine vergleichende Analyse der im Verwaltungs- und Verfassungsrecht verbreiteten Vorstellung einer Kompensation durch Verfahren. Sie arbeitet heraus, inwiefern der als heuristische Prinzip zunächst intuitiv plausible Kompensationsgedanke die Beziehung von prozeduralen und inhaltlichen Entscheidungsvorgaben auch aus juristischer Perspektive zutreffend beschreibt; sie beleuchtet, wo die rechtlichen Grenzen derartiger Kompensationen liegen, und sie untersucht, welche Folgen sich aus dem Kompensationsverhältnis von Inhalts- und Verfahrensanforderungen ergeben. Die Arbeit konfrontiert die These, die verfahrensrechtliche Einhegung staatlicher Entscheidungen leiste einen Ausgleich dafür, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben den Inhalt einer Entscheidung nur schwach determinieren, dabei mit einigen grundlegenden Zweifeln: Ist ein solcher Ausgleich in rechtlicher Hinsicht überhaupt notwendig? Ist er tatsächlich möglich? Und ist er unter dem Grundgesetz zulässig? Kurz: Kann, darf und muss Verfahren kompensieren?

Um auf diese Fragen Antwort zu geben, umreißt der gleich folgende zweite Teil der Arbeit (§ 2) zunächst die begrifflichen und konzeptionellen Grundlagen der Untersuchung. Er skizziert das zugrunde gelegte Verfahrensverständnis, legt die Bestandteile des Kompensationsbegriffs offen und führt die Unterscheidung zwischen verschiedenen Kompensationsformen (materiell – prozedural, rechtlich – funktional) ein.

Aufbauend auf diesen begrifflichen Weichenstellungen erarbeitet der dritte Teil der Arbeit (§ 3) eine das Verwaltungs- und Verfassungsrecht übergreifende Systematisierung kompensatorischer Verfahrenspflichten. Er entwirft eine Typologie prozeduraler Ausgleichsinstrumente und zeigt, auf welche jeweils spezifische Weise diese dem Defizit materiell-rechtlicher Vorgaben entgegenzuwirken beanspruchen. Die bislang vorherrschende These, das Verfahren kompensiere schlicht materiell-rechtliche Defizite, erweist sich dabei als zu pauschal. Sie vernachlässigt, dass materiell-rechtliche Vorgaben unterschiedliche Funktionen erfüllen: Sie sollen das Handeln ihrer Adressaten steuern (Steuerungsfunktion) und gerichtliche Kontrolle ermöglichen (Kontrollfunktion), durch die Rückkopplung des Entscheidungsergebnisses an den parlamentarischen Gesetzesbeschluss demokratische Legitimation sicherstellen (Legitimationsfunktion) und durch konkrete Vorgaben entscheidungsrelevantes Wissen bereitstellen (Entlastungsfunktion) sowie aus Perspektive der Bürger Rechtssicherheit und Gleichbehandlung gewährleisten (Orientierungs- und Gleichheitsfunktion). Um die Funktionsweise der unterschiedlichen Typen kompensatorischer Verfahrens-

---

fahrensbezogene Anforderungen an Gesetzgebung nicht derart wesensgleich [sind], dass sie frei gegeneinander ausgetauscht werden könnten“.

pflichten genauer beschreiben zu können, differenziert die Untersuchung den Gegenstand der Kompensation, d. h. das im Wege des Verfahrens jeweils auszugleichende Defizit, anhand dieser Funktionen weiter aus. Verwaltungs- und Verfassungsrecht, so zeigt sich dabei, bedienen sich bei dem Versuch der Kompensation durch Verfahren aus einem gemeinsamen Instrumentenkasten. Ungeachtet der Unterschiede zwischen behördlichen Einzelakts- und parlamentarischen Gesetzgebungsentscheidungen, erhoffen sich beide Entscheidungsverfahren von vergleichbaren Anforderungen eine Kompensation für die Schwäche inhaltlicher Normvorgaben.

Ausgehend von dieser Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten eruiert der vierte Teil der Arbeit (§4), inwiefern die identifizierten Verfahrensanforderungen ihren Anspruch, die Defizite der materiell-rechtlichen Entscheidungsvorgaben auszugleichen, tatsächlich einlösen können. Unter der Leitfrage „*Kann Verfahren kompensieren?*“ untersucht er folglich die Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten. Den Maßstab für die Bestimmung des Kompensationspotentials verfahrensrechtlicher Instrumente bilden dabei die Funktionen, anhand derer der zweite Teil der Arbeit das im Wege des Verfahrens auszugleichende Defizit näher bestimmt hat. Unter Einbeziehung verhaltens- und politikwissenschaftlicher Erkenntnisse beleuchtet die Arbeit insofern, ob und inwieweit die Typen von Verfahrenspflichten, denen Verwaltungs- und Verfassungsrechtswissenschaft eine Kompensationsfunktion attestieren, die ursprünglich dem materiellen Recht zugeordnet, aber von diesem nur noch eingeschränkt erfüllten Funktionen übernehmen können.

Mit der Frage „*Muss Verfahren kompensieren?*“ ergänzt der fünfte Teil der Arbeit (§5) diese an Funktionen orientierte Perspektive um rechtliche Überlegungen zur Notwendigkeit einer Kompensation durch Verfahren. Er untersucht, ob in den im zweiten Teil analysierten Konstellationen auch nach (verfassungs-)rechtlichen – und damit nicht mehr rein funktionsbezogenen – Maßstäben ein kompensationsbedürftiges Defizit besteht, das nach einem Ausgleich durch ergänzende Verfahrensanforderungen verlangt. Die Untersuchung erhebt insofern, ob die Schwäche der inhaltlichen Normvorgaben und die sich daraus ergebenden Einschränkungen im Hinblick auf die Erfüllung der dem materiellen Recht zugeordneten Funktionen ein Ausmaß erreichen, das sich nach verfassungsrechtlichen Maßstäben als rechtswidrig darstellt. Zwischen den im dritten Teil untersuchten Teilbereichen – Verwaltungsverfahren einerseits, parlamentarische Legislativverfahren andererseits – ist dabei zu differenzieren: Für das Verwaltungsverfahren bildet die geringe materiell-rechtliche Dichte der einfachgesetzlichen Vorgaben den Ausgangspunkt für die Kompensationsthese; im Hinblick auf das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren wird ein prozeduraler Ausgleich hingegen deshalb für erforderlich gehalten, weil das den Gesetzgeber bindende Verfassungsrecht nur ausgedünnte materielle Vorgaben enthält. Ob die geringe materiell-rechtliche Dichte unter verfassungsrechtlichen Ge-

sichtspunkten ein Defizit darstellt, ist daher für das Verwaltungsverfahren am kompletten Verfassungsrecht zu messen; die im Hinblick auf Verfahrensanforderungen an das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren relevante Dichte des materiellen Verfassungsrechts kann sich hingegen allenfalls im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG als rechtliches Defizit darstellen.

Der sechste Teil der Untersuchung (§ 6) knüpft an das im vierten Teil gewonnene Ergebnis an, dass sich die Schwäche des materiellen Rechts als ein Defizit darstellen kann, das gerade auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive einen Ausgleich erfordert. Unter der Leitfrage „*Darf Verfahren kompensieren?*“ geht er der Frage nach, ob das Verfassungsrecht es erlaubt, dieses Defizit durch den Einsatz von Verfahrensanforderungen zu kompensieren, und identifiziert verfassungsrechtliche Grenzen, denen eine solche Kompensation durch Verfahren unterliegt. Die Untersuchung arbeitet dazu heraus, ob die Verfassungsgrundsätze, in deren Lichte sich das Fehlen hinreichend dichter inhaltlicher Entscheidungsvorgaben als verfassungsrechtliches Defizit darstellt, auch durch die Statuierung prozeduraler Anforderungen erfüllt werden können. Dabei macht er insbesondere auch die im vierten Teil der Arbeit gewonnenen Einsichten fruchtbar. Ausgehend von den dortigen Erkenntnissen dazu, inwiefern die prozeduralen Anforderungen geeignet sind, die dem materiellen Recht zugeordneten Funktionen in vergleichbarer Weise zu erfüllen wie dieses selbst, untersucht er, ob dies genügt, um die prozedurale Entscheidungssteuerung auch im Hinblick auf die einschlägigen Verfassungsgrundsätze als alternativen Erfüllungsmodus anzuerkennen.

Der siebte Teil der Arbeit (§ 7) rundet die Untersuchung schließlich mit einer thesenförmigen Zusammenfassung der Ergebnisse ab und wirft abschließend einen kurzen Blick darauf, welche Folgerungen die Ergebnisse der vorangegangenen Überlegungen für Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Gesetzgebung(slehre) erlauben: Ist der Kanon der Verfahrensfunktionen im Lichte der gewonnenen Ergebnisse um eine eigenständige Kompensationsfunktion zu erweitern? Überzeugt es, den Kompensationsgedanken heranzuziehen, um ungeschriebene Verfahrensanforderungen dogmatisch zu begründen? Und wie plausibel erscheint es angesichts der Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Gesetzgebungsverfahren, zur Kompensation von administrativen und legislativen Entscheidungsspielräumen auf ähnliche Verfahrensinstrumente zurückzugreifen?

Am Ende all dessen steht ein größtenteils ernüchterndes Gesamtbild: Die Unbedarftheit, mit der Verwaltungs- und Verfassungsrechtslehre diagnostizieren, Verfahren könnten Schwächen des materiellen Rechts ausgleichen, übersieht, dass das materielle Recht deutlich seltener nach einem Ausgleich verlangt als das vielfach angenommen wird; sie unterschätzt, wie unsicher und anspruchsvoll die empirischen Annahmen sind, auf denen die Kompensationsthese beruht; und sie verkennt, welche engen Grenzen das Verfassungsrecht prozeduralen Kompensationen angesichts dessen zieht. Sollte es den nachfolgenden

Überlegungen gelingen, das plausibel zu machen, und auf diese Weise zu einem vorsichtigeren und präziseren Umgang mit dem Topos der Kompensation durch Verfahren anzuhalten, hätten sie ihr Ziel erreicht.



## §2

### Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen

Der Versuch, das Phänomen der Kompensation durch Verfahren näher auszu-leuchten, verlangt, sich zunächst über die zentralen Begriffe der Untersuchung Rechenschaft abzulegen: Was genau kennzeichnet ein Verfahren? Wie unterscheiden sich Verfahrensrecht und materielles Recht? Und was verbirgt sich hinter dem Konzept der Kompensation?

Der folgende Abschnitt geht diesen Fragen nach. In der Absicht, den Gegenstand der folgenden Überlegungen näher zu bestimmen, legt er offen, welches Verfahrensverständnis der Untersuchung zugrunde liegt (dazu I.) und welche Vorstellung mit dem Begriff der Kompensation verbunden ist (dazu II.).

#### I. Verfahren

Die Aufgabe der Begriffsklärung ist terminologischer, nicht ontologischer Natur.<sup>1</sup> Nicht die Frage, was ein Verfahren ist, sondern was für die Zwecke der folgenden Überlegungen unter einem Verfahren verstanden werden soll, bedarf der Klärung. Auf die Anforderungen an die zu entwickelnde Begriffsbestimmung wirkt das insofern zurück, als sie in erster Linie nach ihrer Angemessenheit zu beurteilen ist;<sup>2</sup> die Frage nach Wahrheit oder Richtigkeit stellt sich für sie hingegen nicht.<sup>3</sup> Angesichts dessen verlangt die Auseinanderlegung des Verfahrensbegriffs dreierlei: Sie muss *erstens* eindeutige, möglichst klar subsumierbare Kriterien entwickeln, die *zweitens* im Hinblick auf verwandte, aber wesensverschiedene Phänomene Unterscheidungskraft besitzen. Um für die wissenschaftliche Diskussion anschlussfähig zu bleiben und den Fokus der Untersuchung nicht an falscher Stelle scharf zu stellen, muss sich der hieraus ergebende Verfahrens begriff schließlich *drittens* in seinen wesentlichen Gehalten an den in der bisherigen Diskussion zugrunde gelegten Verfahrenskonzepten orientieren. Ausgehend von einer allgemeinen Konturierung des Verfahrens begriffs (dazu 1.) sollen dazu im Folgenden äußeres und inneres Verfahren (dazu 2.)

---

<sup>1</sup> P. Reimer, Verfahrenstheorie, 2015, S. 13.

<sup>2</sup> Vgl. R. Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 43: „Der verwendete Verfahrens begriff hängt wesentlich von den erkenntnisleitenden Fragestellungen ab.“

<sup>3</sup> Zu entsprechenden Überlegungen für den Begriff des Rechtsprinzips siehe J. Rauber, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 158f.

in die Betrachtung einbezogen und einige themenspezifische Eingrenzungen (dazu 3.) vorgenommen werden. Für die Abgrenzung von Verfahrensrecht und materiellem Recht lässt sich hierauf aufbauen (dazu 4.).

### 1. Allgemeiner (rechts- und sozialwissenschaftlicher) Verfahrens begriff

Der Blick in die verfahrensrechtliche Literatur erweckt gelegentlich den Eindruck, dem Verfahrensbegriff eigne eine so intuitive Vertrautheit, dass explizite Definitionen entbehrlich erscheinen.<sup>4</sup> Und ganz falsch ist dieser Eindruck nicht. Zwar deckt „die Vokabel ‚Verfahren‘ ein recht heterogenes Feld“ ab<sup>5</sup>, über deren genaue Bedeutung sicher nicht immer Klarheit herrscht.<sup>6</sup> Doch in einigen zentralen Aspekten weisen die – mal mehr, mal weniger deutlich elaborierten – Verfahrenskonzepte der bisherigen Diskussion klar erkennbare, wenngleich oftmals unausgesprochene Übereinstimmungen auf.

Kennzeichnend für Verfahren ist, so wird erstens durchweg betont, ihr dynamischer, prozesshafter Charakter. In Definitionen, die das Verfahren als „Ab-  
lauf“<sup>7</sup>, „Vorgang“<sup>8</sup>, „Prozess“ oder „Abfolge“<sup>9</sup> von Handlungen oder Situatio-

<sup>4</sup> Vgl. *D. Fleuß*, Prozeduren, Rechte, Demokratie, 2017, S. 21: „[D]er Verfahrensbegriff [wird] auf vielfältige Weise verwendet, kaum aber präzise definiert“; *R. Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 40, nach dem der Begriff „als feststehend vorausgesetzt und selbst keiner inhaltlichen Erörterung mehr zugeführt“ wird; ebenso *J. J. Hagen*, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, 1972, S. 15.

<sup>5</sup> *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 101; ähnlich *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 43: „facettenreiche Kategorie“; *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 80; siehe auch *H. Bethge*, NJW 1982, S. 1 (2): Verfahrensbegriff „als solche[r] farblos und aussageschwach“.

<sup>6</sup> *R. Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 40; siehe auch *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 42 f.

<sup>7</sup> *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 194; *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 80; *R. Wahl*, Verfahren, in: Görres-Lexikon, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (629).

<sup>8</sup> *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 43; *D. Fleuß*, Prozeduren, Rechte, Demokratie, 2017, S. 24; *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 88 f.; *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-  
idee, 2. Aufl. 2004, S. 305; ähnlich *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 101, der von einem „Geschehen“ spricht; ferner *F. Weber*, Studium Generale 13 (1960), S. 183 (186: „Vorgehen“, 187: „Entwicklungsvorgang“ [Hervorhebung im Original]); *H. A. Wolff*, VR 1996, S. 367 (367: „Entwicklungsvorgang“).

<sup>9</sup> *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 43: „Prozess der Ergebniserzeugung“; *D. Fleuß*, Prozeduren, Rechte, Demokratie, 2017, S. 24; *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 5: „Entwicklungsprozess“, 194 f.; *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 36: „Sequenz“, 88 f.; *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 9: „Entscheidungsprozess“.

nen beschreiben, kommt dies ebenso zum Ausdruck wie in der gängigen Metapher vom Verfahren als „Weg zu einer praktischen Entscheidung“<sup>10</sup>. Das Konzept des Verfahrens steht damit im Gegensatz zu demjenigen eines statischen Zustands; der Gedanke des Vorwärtsschreitens und der Entwicklung ist für Verfahren charakteristisch.<sup>11</sup>

Zweitens prägt den Verfahrens begriff, dass der mit ihm angesprochene Entwicklungsfortgang auf ein bestimmtes Ziel zuläuft und in diesem seinen – zumindest vorläufigen<sup>12</sup> – Abschluss findet. In Anlehnung an den philosophischen Sprachgebrauch lassen sich Verfahren folglich als intentionale Prozesse verstehen:<sup>13</sup> als Vorgänge, die immer schon auf ein bestimmtes Ziel gerichtet,<sup>14</sup> auf die Hervorbringung eines Ergebnisses bezogen sind.<sup>15</sup> Im juristischen Schrifttum findet diese verfahrenstypische Gerichtetheit ihren deutlichsten – freilich verkürzten<sup>16</sup> – Ausdruck in der Vorstellung, Verfahren verfolgten das Ziel, eine (verbindliche) Entscheidung hervorzubringen.<sup>17</sup> Auf der Ebene einer allgemeinen Begriffsbestimmung dürfte es indes weder notwendig noch angezeigt sein, den Verfahrens begriff auf bestimmte Arten des zu erzeugenden Ergebnisses

<sup>10</sup> R. Wahl, Verfahren, in: Görres-Lexikon, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (631); klassisch auch A. J. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 213; im Anschluss an diesen J. Held, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 26 f.; siehe auch F. Weber, Studium Generale 13 (1960), S. 183 (185).

<sup>11</sup> J. J. Hagen, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, 1972, S. 15 f.; ders., Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren, 1971, S. 25; R. Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 41; A. Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 80; W. Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951, S. 2; deutlich auch F. Weber, Studium Generale 13 (1960), S. 183 (187); mit Blick auf das Prozessrecht ebenso W. Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 57.

<sup>12</sup> Sofern das Verfahren gerade dazu dient, Lernprozesse zu ermöglichen, wie dies etwa in Form von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten geschieht, nimmt das Verfahren mit der Entscheidung freilich kein Ende, siehe dazu auch noch unten § 3 IV 7 und § 3 V 5 mit Nachweisen; siehe ferner H. Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 287, der insofern von einem „Regelkreislauf“ spricht.

<sup>13</sup> Vgl. D. Fleuß, Prozeduren, Rechte, Demokratie, 2017, S. 25: „intentional strukturiert“.

<sup>14</sup> H. Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 195, 225 f.; R. Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 44: „zielgerichtet“; A. Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 88 f.; P. Reimer, Verfahrenstheorie, 2015, S. 16 („auf eine Zielhandlung [...] bezogen“), 29; F. Weber, Studium Generale 13 (1960), S. 183 (186).

<sup>15</sup> R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 431; G. Bierbrauer/E. W. Klinger, in: Haft/Hof/Wesche (Hrsg.), Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, 2001, S. 349 (350); I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 43; J. J. Hagen, Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren, 1971, S. 25; H. A. Wolff, VR 1996, S. 367 (367).

<sup>16</sup> Dass nicht jedes (staatliche) Verfahren auf das Erzielen einer Entscheidung gerichtet ist, zeigt etwa das Verfahren eines Untersuchungsausschusses, das seinen Abschluss in einem Bericht an den Bundestag findet, siehe § 33 Abs. 1 PUAG.

<sup>17</sup> Siehe etwa J. Held, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 19; R. Wahl, Verfahren, in: Görres-Lexikon, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (629); der Sache nach auch B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 9: „Entscheidungsprozess“.



bzw. des zu erreichenden Ziels zu begrenzen. Ob ein Verfahren in einen Abschlussbericht, einen Gesetzesbeschluss oder die Vornahme eines Realakts mündet, ist schon deshalb zweitrangig, weil der Begriff des Verfahrens gerade die „Abläufe im Vorfeld der Zielhandlung“<sup>18</sup> in den Fokus rückt. Für die einzelnen Schritte des Verfahrens bildet dieser Zielbezug einen sinngebenden Rahmen, er unterstellt sie einem gemeinsamen Sinnzusammenhang.<sup>19</sup>

Drittens beruhen die in der Rechts- und Sozialwissenschaft gängigen Verfahrensverständnisse auf der meist als selbstverständlich vorausgesetzten Annahme, dass naturgesetzliche Abläufe nicht als Verfahren erfasst werden. Stattdessen beschränkt sich ihr Verfahrensbegriff auf zielgerichtete Entwicklungsabläufe, die von bewusst gesteuertem menschlichem Verhalten abhängen.<sup>20</sup> Für verfahrensrechtliche Untersuchungen ist diese Limitierung geradezu zwingend. Als Instrument menschlicher Verhaltenssteuerung vermag Recht nur dort Wirkungen zu entfalten, wo menschliches Verhalten in Frage steht. Naturgesetzlich determinierte Vorgänge entziehen sich dem rechtswissenschaftlichen Zugriff. Den juristischen Verfahrensbegriff kennzeichnet demnach ein immanenter Handlungsbezug. Das Verfahren lässt sich mit ihm als „Inbegriff von Handlungen“<sup>21</sup> bestimmen. Es beschreibt einen zielgerichteten Entwicklungsfortgang, dessen konstituierenden Elemente bewusst gesteuerte menschliche Verhaltensweisen bilden.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 31 (Hervorhebung weggelassen).

<sup>19</sup> A. Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 89.

<sup>20</sup> Ausdrücklich J. J. Hagen, *Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre*, 1972, S. 16; R. Hoffmann, *Verfahrensgerechtigkeit*, 1992, S. 41, 44; A. Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 81. Implizit kommt dies aber auch überall dort zum Ausdruck, wo der Charakter des Verfahrens als Entscheidungsprozess hervorgehoben oder die Ergebnisoffenheit des Verfahrens betont wird. Denn beides schließt einen determinierten Ablauf aus und setzt daher voraus, dass das Verfahren sich für Einwirkungen durch menschliches Verhalten öffnet. Insofern deutlich D. Fleuß, *Prozeduren, Rechte, Demokratie*, 2017, S. 32: „Ergebnisoffenheit bedeutet: Es obliegt den handelnden Akteuren und ihrer Interaktion, welches Ergebnis ein als ‚Verfahren‘ bezeichneter Prozess hat.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>21</sup> P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 20, 22ff.; siehe auch G. Bierbrauer/E. W. Klinger, in: Haft/Hof/Wesche (Hrsg.), *Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts*, 2001, S. 349 (350): „Sequenz von Handlungen und (Teil-)Entscheidungen“; J. Held, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, 1984, S. 19; A. Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 88f.; nicht eindeutig hingegen H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, S. 5: „eine bestimmte Handlungsabfolge bzw. ein Entwicklungsprozeß“.

<sup>22</sup> Mit der Fokussierung auf Handlungsabfolgen ist auch dem Vorschlag eine Absage erteilt, Verfahren als eine sich im Lauf der Zeit verändernde Rechtslage zu verstehen (so aber prominent J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925). Da sich die Veränderung der Rechtslage allerdings ihrerseits stets auf Handlungen zurückführen lässt, dürfte auch der Vorstellung einer Prozessentwicklung von Lage zu Lage ein unausgesprochener Handlungsbezug zugrunde liegen, in diesem Sinne überzeugend P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 23.

Viertens besteht auch hinsichtlich der Tatsache Einigkeit, dass der das Verfahren ausmachende Ablauf bestimmten Regeln folgt, die die verfahrensbestimmenden Handlungen zu einer festgelegten Ordnung fügen.<sup>23</sup> Verfahren stellen sich als „planvoll geordnete Vorgänge“ dar.<sup>24</sup> Sie sind regelgeleitet.<sup>25</sup> Ja mehr noch: Sie werden durch Regeln, die ihren Ablauf bestimmen, erst konstituiert.<sup>26</sup>

In Abgrenzung zu naturgesetzlich determinierten Abläufen ist für die Vorstellung von Verfahren im rechts- und sozialwissenschaftlichen Schrifttum schließlich fünftens prägend, dass das konkrete Ergebnis, auf das das Verfahren zuläuft, nicht vorherbestimmt ist und zu Beginn des Verfahrens allenfalls seiner Form nach (z. B. Verwaltungsakt, Gesetzesbeschluss) feststeht.<sup>27</sup> Zu den wesensbildenden Eigenschaften von Verfahren zählt demnach ihre Ergebnisoffenheit.<sup>28</sup> Erst vor deren Hintergrund erschließt sich der Sinn, der hinter der Einrichtung von Verfahren steht.<sup>29</sup> Deren Leistung besteht darin, die Ungewissheit offener Entscheidungssituationen dadurch schrittweise abzubauen, dass Entscheidungsprämissen erarbeitet und fixiert werden, sodass der zunächst unbestimmte Ausgang des Verfahrens für die Beteiligten akzeptierbar wird.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> A. Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 36 spricht von einer „(rechtlich) festgelegte[n] Sequenz von Handlungen“.

<sup>24</sup> B. Wollenschläger, *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009, S. 9; E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, S. 305; ebenso J. Held, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, 1984, S. 19; H. A. Wolff, *VR* 1996, S. 367 (367).

<sup>25</sup> D. Fleuß, *Prozeduren, Rechte, Demokratie*, 2017, S. 29f.; N. Lubmann, *Legitimation durch Verfahren*, 9. Aufl. 2013, S. 37, nach dem „Verfahren eine rechtliche Regelung voraussetzen“; P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 25, 31 f.: Auf „eine Menge von Regeln [bezogen], nach denen die Handlungen der verfahrenenden Stelle ablaufen sollen“ (Zitat auf S. 32); F. Weber, *Studium Generale* 13 (1960), S. 183 (186); für rechtlich geordnete Verfahren ebenso A. Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 89; R. Wahl, *Verfahren*, in: *Görres-Lexikon*, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (629).

<sup>26</sup> D. Fleuß, *Prozeduren, Rechte, Demokratie*, 2017, S. 32; A. Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 90; insofern rücken sie in die Nähe sog. konstitutiver Regeln, dazu grundlegend J. Searle, *Speech Acts*, 1969, S. 33 ff.

<sup>27</sup> Zielgerichtetheit und Ergebnisoffenheit geraten dabei gerade deshalb nicht in Konflikt, weil ungeachtet der Ungewissheit über den konkreten Inhalt des verfahrensabschließenden Ergebnisses dessen Form bereits von Beginn an feststehen kann; siehe auch D. Fleuß, *Prozeduren, Rechte, Demokratie*, 2017, S. 29, 31 f.

<sup>28</sup> H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, S. 195; R. Hoffmann, *Verfahrensgerechtigkeit*, 1992, S. 44: „erforderliche Ungewißheit des Verfahrensausgangs“; N. Lubmann, *Legitimation durch Verfahren*, 9. Aufl. 2013, S. 51, 116 f.; A. Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 74 ff.; J. Ziekow, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 349 (353); für politische Verfahren ebenso D. Fleuß, *Prozeduren, Rechte, Demokratie*, 2017, S. 29, 31 f.; knapp erwähnt auch bei H. A. Wolff, *VR* 1996, S. 367 (367).

<sup>29</sup> Aus juristischer Perspektive deutlich A. Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 76; vgl. aus (rechts-)soziologischer Perspektive N. Lubmann, *Legitimation durch Verfahren*, 9. Aufl. 2013, S. 60.

<sup>30</sup> So grundlegend N. Lubmann, *Legitimation durch Verfahren*, 9. Aufl. 2013, besonders deutlich formuliert etwa auf S. 40 ff., 232.

Im Lichte dieser Zusammenschau ist der Begriff des Verfahrens auch für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wie folgt zu bestimmen: Verfahren sind auf die Erreichung eines Ziels gerichtete Handlungsabfolgen, die durch Regeln planvoll geordnet sind und deren Ergebnis inhaltlich offen ist.

## 2. Inneres und äußeres Verfahren

Offen lässt diese allgemeine Begriffsbestimmung zunächst, ob das Konzept des Verfahrens neben den nach außen erkennbar werdenden Verfahrenshandlungen auch jene Vorgänge erfasst, die sich – wie das etwa für die Informationsverarbeitung, Abwägung und Entscheidungsbildung der Fall ist – im *forum internum* der Verfahrensbeteiligten (bzw. der für sie agierenden natürlichen Personen) abspielen. Im Schrifttum ist es insofern üblich geworden, äußeres und inneres Verfahren gegenüberzustellen.<sup>31</sup> Den Anknüpfungspunkt für diese Unterscheidung bildet die Frage, was innerhalb des oben skizzierten Verfahrensbegriffs unter einer Handlung zu verstehen ist. Eher restriktive Verfahrenskonzepte beschränken den maßgeblichen Handlungsbegriff ausdrücklich auf Interaktionen zwischen den Verfahrensbeteiligten und siedeln die interne Entscheidungsfindung damit außerhalb des Verfahrens an.<sup>32</sup> Wie zuletzt *Philipp Reimer* herausgestellt hat, besteht zu einer solchen Beschränkung allerdings kein Anlass.<sup>33</sup> Vielmehr kann das Verfahrensrecht auch derartige interne Vorgänge zu regeln beanspruchen, sodass auch sie als Handlungen zurechenbar werden. Zwingend ist die Verengung des Verfahrensbegriffs auf das sog. äußere Verfahren demnach nicht. Im Hinblick auf das Erkenntnisinteresse der folgenden Untersuchung erscheint eine solche Beschränkung zudem auch nicht angezeigt. Vielmehr liefe sie Gefahr, den Kreis kompensatorischer Verfahrenspflichten von vorneherein nur unvollständig erfassen zu können. Im Lichte der im folgenden Kapitel zu entwickelnden Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten wird das deutlich werden.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Siehe allgemein zu dieser Unterscheidung *H. H. v. Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 197 ff.; *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 61, 286 f.; speziell für das Gesetzgebungsverfahren *H. Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, S. 62 ff., 82 ff.; *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 828 ff.; *A. Schwerdtfeger*, Krisengesetzgebung, 2018, S. 21; *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 3; vom „innere[n] Gesetzgebungsverfahren“ als „Prozeß der Entscheidungsfindung“ spricht auch *G. Schwerdtfeger*, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 173 (174).

<sup>32</sup> So insbesondere *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 19 f., 21 f.; siehe auch *R. Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 44 f.; vgl. auch *D. Fleuß*, Prozeduren, Rechte, Demokratie, 2017, S. 32 für die Abwägungsprozesse im Rahmen von Gedankenexperimenten der politischen Philosophie; ähnlich wohl auch *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 305, der von „Kontakten zwischen Verwaltung und Bürgern oder zwischen Verwaltungseinheiten“ spricht.

<sup>33</sup> *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 21.

<sup>34</sup> Siehe unten § 3, insbes. IV und V.

### 3. Eingrenzungen

Ungeachtet der sich aus diesen Erwägungen ergebenden konzeptionellen Weite des hier zugrunde gelegten Verfahrensverständnisses erlaubt die Perspektive der vorliegenden Untersuchung doch einige sektorale Eingrenzungen.

*Erstens* blendet sie all diejenigen Verfahren aus, deren Ablaufstruktur nicht durch rechtliche, sondern allein durch außerrechtliche Regeln geordnet wird. Das Anliegen, Verfahrenspflichten mit (vermeintlichem) Kompensationscharakter einer rechtswissenschaftlichen Analyse zu unterziehen, macht die Einbeziehung nicht-rechtlich geordneter Verfahren entbehrlich.

*Zweitens* liegen auch reine Privatverfahren außerhalb ihres Fokus.<sup>35</sup> Verfahren, in denen keine der verfahrensbildenden Handlungen von einer staatlichen Stelle vorgenommen werden muss, mögen rechtlich geregelt sein; über Formen, Notwendigkeit und Grenzen der Prozeduralisierung im Verwaltungs- und Verfassungsrecht verspricht deren Betrachtung allerdings keinen Aufschluss.

Von den demnach im Zentrum stehenden Verfahren staatlicher Stellen schließt die Untersuchung *drittens* ausgerechnet den Prototyp<sup>36</sup> – das gerichtliche Verfahren – nicht ein. Seinen einfachen Grund hat das darin, dass sich auch die Kompensationsthese bislang nicht auf sie erstreckt. Stattdessen bilden das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren und die Verfahren der behördlichen Einzelaktsverwaltung die Referenzverfahren der folgenden Überlegungen. Wie sich zeigen wird, lässt sich an ihnen das Feld kompensatorischer Verfahrenspflichten umfassend beleuchten. Und so konzentriert sich auch die Prozeduralisierungsdiskussion bisher vor allem auf sie.

### 4. Verfahrensrecht, insbes. Verfahrenspflichten

Angesichts dieser Eingrenzungen geraten Verfahren im Folgenden ausschließlich als rechtlich geordnete in den Blick. Wie von einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung nicht anders zu erwarten, stehen dabei zudem nicht die mit den Verfahren verbundenen faktischen Entwicklungsabläufe im Zentrum, sondern das Verfahrensrecht, das diese bestimmt. Die Frage nach kompensatorischen Verfahrenspflichten bedingt dabei, dass sich die Untersuchung oftmals auf die punktuelle Betrachtung einzelner Rechtspflichten innerhalb dieser Abläufe konzentriert. Das wirft die Frage auf: Wie lässt sich der Begriff des Verfahrens-

---

<sup>35</sup> Eine ähnliche Einschränkung bei *P. Reimer*, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 18: Nur „Hoheitsträger als verfahrenende Stellen“.

<sup>36</sup> Vgl. zu dieser Einschätzung etwa *N. Lubmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 9. Aufl. 2013, S. 53: „Modellwirkung“; im US-amerikanischen Verwaltungsrecht zeigt sich diese hervorgehobene Stellung des Gerichtsverfahrens auch daran, dass die *Due Process*-Garantie ihren Ursprung im Gerichtsverfahren hat und der gerichtliche *Due Process* daher auch für die Ausgestaltung der Einzelheiten seiner Anwendung „die Messlatte, das Grundmodell“ bleibt, siehe *E. Schmidt-Aßmann*, *AÖR* 142 (2017), S. 325 (332).

rechts ausgehend vom obigen Verfahrenskonzept bestimmen? Und was ist gemeint, wenn im Folgenden von Verfahrenspflichten die Rede sein wird?

Der Versuch, den Begriff des Verfahrensrechts zu erschließen, setzt für gewöhnlich mit dem Bemühen an, ihn von seinem Gegenpart, dem materiellen Recht, abzugrenzen. Dass diese Abgrenzung insbesondere für das Verwaltungsrecht Schwierigkeiten bereitet, wird häufig betont,<sup>37</sup> und nicht selten wird schon im Grundsatz bezweifelt, dass sie überhaupt gelingen kann.<sup>38</sup> Hintergrund dieses verbreiteten Pessimismus ist die vielfach geteilte Einschätzung, dass sich die in der Prozessrechtswissenschaft entwickelten Kriterien zur Abgrenzung von materiellem Recht und gerichtlichem Verfahrensrecht (d. h. dem Prozessrecht) nicht auf die Unterscheidung von materiellem (Verwaltungs-) Recht und behördlichem Verfahrensrecht übertragen lassen.<sup>39</sup> Die für die Judikative etablierte Gegenüberstellung von Verhaltensnormen (Verfahrensrecht) und Urteilsnormen (materielles Recht)<sup>40</sup> sei an der übergeordneten, unparteiischen Position des Richters ausgerichtet, der einen fremden Streit entscheide, wohingegen die Verwaltung nicht nur Entscheidungsinstanz, sondern zugleich selbst Beteiligte sei. Sie entscheide daher (auch) in eigener Sache, sodass Urteilsnormen für sie stets auch Verhaltensnormen seien.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 222, 226; *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 294; *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 172.

<sup>38</sup> *K. A. Bettermann*, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 361 (363) in Bezug auf Verwaltungs- und Staatsrecht; *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 26; siehe auch *H. A. Wolff*, VR 1996, S. 367 (367) m. w. Nachw.; allgemein sehr kritisch zu den Versuchen der Abgrenzung von materiellem Recht und Verfahrensrecht *M. Pöcker*, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, S. 35 f. Zweifel an der Sinnhaftigkeit einer Trennung von materiellem Recht und Verfahrensrecht äußert hingegen *E. Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 5; vgl. auch *A. Köttgen*, DÖV 1952, S. 422 (423): „Das Verwaltungsrecht kennt [...] keine Eigenständigkeit des materiellen Rechts“.

<sup>39</sup> Dazu sowie zum Folgenden *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 25 f.; *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 223; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 5; für einen Überblick zu den mannigfaltigen prozessrechtswissenschaftlichen Abgrenzungsansätzen etwa *W. Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 5 ff., 24 f.; *W. Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, 1965; mit verwaltungsprozessrechtlichem Bezug auch *M. Fischer*, Die verwaltungsprozessuale Klage im Kraftfeld zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, 2011, S. 9 ff., insbes. 25 ff., 75 ff.

<sup>40</sup> Ihre Grundlage findet diese Abgrenzung in der Prozessrechtstheorie von *J. Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, 1925, S. 227 ff.; ihm folgend *W. Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 60 ff. sowie aus dem öffentlichen Recht *K. A. Bettermann*, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 361 (363 f.); *K. Neuser*, Die Gesetzgebungskompetenzen für das Verwaltungsverfahren, 1974, S. 77.

<sup>41</sup> *K. A. Bettermann*, VVDStRL 17 (1967), S. 118 (120 f.); *ders.*, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 361 (364, 369, 372 ff.); referierend auch *H. A. Wolff*, VR 1996, S. 367 (369); konzise Zusammenfassung bei *V. Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 329 f.

Ausgehend von dieser Problemdiagnose weicht die Verwaltungsrechtswissenschaft meist auf Umschreibungen aus, die – im Anschluss an *Adolf J. Merkl*<sup>42</sup> – zwischen Weg (Verfahrensrecht) und Ziel (materielles Recht) unterscheiden<sup>43</sup> oder die Regeln über die Art und Weise des Zustandekommens einer Entscheidung (Verfahrensrecht) von denjenigen Bestimmungen abgrenzen, die den Inhalt einer Entscheidung betreffen (materielles Recht).<sup>44</sup>

Will man sich keinem dieser Vorschläge unbesehen anschließen, so muss die systematische Herleitung des Begriffs des Verfahrensrechts am Begriff des Verfahrens selbst ansetzen. Denn es dürfte einen wenig kontroversen Ausgangspunkt darstellen, dass der Begriff „Verfahrensrecht“ denjenigen Rechtskorpus bezeichnet, dessen Gegenstand Verfahren bilden und dessen Regeln sich folglich auf Verfahren beziehen.<sup>45</sup> Nun sind ohne Zweifel vielfältige Modi denkbar, in denen sich Regeln auf Verfahren beziehen können. In zeitlicher Hinsicht reichen sie von der Einrichtung des Verfahrens bis zur Regelung der Folgen des Verfahrensabschlusses (etwa im Hinblick auf die Rechtskraft der abschließenden Entscheidung oder die Pflicht zur Kostentragung). Doch versteht man Verfahren mit der obigen Definition als planvoll geordnete, zielgerichtete Abfolgen von bewusst gesteuerten menschlichen Verhaltensweisen, so bilden die verfahrensbildenden Handlungen den Kern des Verfahrensbegriffs. Der Begriff des Verfahrensrechts sollte dem Rechnung tragen. Verfahrensrecht lässt sich daher als Inbegriff all derjenigen Rechtsnormen beschreiben, „die für die Vornahme der verfahrensbildenden Handlungen gelten“.<sup>46</sup> Der Begriff der Verfahrenspflichten erfasst dementsprechend all diejenigen Rechtspflichten, die ihrem Adressaten die Vornahme einer Handlung aufgeben, die ihrerseits Teil eines Verfahrens ist.

Eine trennscharfe Abgrenzung von Verfahrensrecht und materiellem Recht gelingt mit dieser Begriffsbestimmung indes noch nicht. Denn die intentionale Struktur von Verfahren bedingt, dass ein jedes Verfahren seinen Abschluss in

<sup>42</sup> *A. J. Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 213.

<sup>43</sup> In diese Richtung etwa *K. A. Bettermann*, VVDStRL 17 (1967), S. 118 (121); *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 26; *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 224 f.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 5.

<sup>44</sup> *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 226; *H. A. Wolff*, VR 1996, S. 367 (368); *M. Klinsing*, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, 2019, S. 126, die allerdings allgemein von der „Art und Weise des Behördenhandelns“ spricht, was die Art und Weise der verfahrensabschließenden Entscheidung nicht grundsätzlich ausschließt; ähnlich auch *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 166: „die Art und Weise des Zustandekommens solcher Akte einerseits, die sachliche Regelung verfahrensexterner Verhältnisse andererseits“.

<sup>45</sup> Vgl. *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 63: „Verfahrensrecht ist die Gesamtheit der Rechtsnormen über Verfahren.“

<sup>46</sup> *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 90 f.; ähnlich auch *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 170: Verfahrensrecht u. a. als das „das Verhalten der [an einem Verfahren] Beteiligten betreffende Recht.“

einem finalen Akt – meist einer irgendwie gearteten Entscheidung – findet, für den eben nicht nur das Verfahrensrecht, sondern auch das materielle Recht maßstäblich ist. Da diese „Zielhandlung“<sup>47</sup> den Verfahrensabschluss markiert, zählt auch sie zu den verfahrenskonstitutiven Handlungen. Die Bestimmung des Verfahrensrechts als Inbegriff der für die Vornahme verfahrensbildender Handlungen geltenden Rechtsnormen läuft daher Gefahr, alles Recht als Verfahrensrecht auszuflaggen und für materielles Recht keinen Raum zu lassen.<sup>48</sup> Insofern die Testfrage, ob sich eine Norm inhaltlich auf verfahrensbildende Handlungen bezieht, demnach keine eindeutige Abgrenzung ermöglicht, bedarf die *Art und Weise* dieser Bezugnahme weiterer Konkretisierung. Ruft man sich in Erinnerung, dass für Verfahren ihr prozesshafter, dynamischer Charakter sowie ihre Ergebnisoffenheit kennzeichnend sind,<sup>49</sup> liegt es nahe, die die verfahrensabschließende Handlung betreffenden Rechtsnormen nur insofern dem Verfahrensrecht zuzuschlagen, als sie deren Charakter als Verfahrensschritt betreffen. Die für die Zielhandlung maßgeblichen Vorgaben, die sich allein auf das Ergebnis des Verfahrens beziehen, finden ihren spezifischen Gegenstand hingegen schon deshalb nicht im Verfahren, weil für dieses gerade die Ungewissheit über seinen Ausgang wesentlich ist. Aus verfahrensrechtlicher Perspektive rückt die Zielhandlung damit nur im Hinblick auf das Ob und die Art und Weise ihrer Durchführung, nicht aber hinsichtlich ihrer inhaltlichen Gestalt in den Blick. Allein die rechtlichen Bestimmungen über die (formell ordnungsgemäße) Durchführung des verfahrensabschließenden Aktes gehören demnach dem Verfahrensrecht an; Rechtsnormen, die hingegen den (möglichen) Inhalt der abschließenden Entscheidung betreffen und daher bei der Entscheidung über diesen als Maßstabsrecht zu prüfen sind, bilden das materielle Recht.<sup>50</sup> Legt man in diesem Sinne die Betonung auf den Begriff der *Vornahme*,

<sup>47</sup> P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 15, 29ff. und öfter.

<sup>48</sup> Vgl. P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 68ff. m. Nachw.

<sup>49</sup> Siehe dazu oben § 2 I 1.

<sup>50</sup> A. Kollmann, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*, 1996, S. 648; P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 70; siehe auch H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, S. 226, der das materielle Recht mit den „inhaltlichen Anforderungen“ an die verfahrensabschließende Entscheidung gleichsetzt. – Die damit zugrunde gelegte Unterscheidung zwischen dem für die Vornahme der Verfahrenshandlungen maßgeblichen Verfahrensrecht und dem bei der Entscheidung über die Abschlusshandlung zu prüfenden materiellen Maßstabsrecht ist mit einigen der sonst gebräuchlichen Abgrenzungskriterien durchaus kompatibel. So dürfte sie sich *erstens* mit der oben bereits angesprochenen Unterscheidung zwischen Rechtsnormen, die die Art und Weise des Zustandekommens einer Entscheidung betreffen, und solchen, die deren Inhalt regeln, weitestgehend decken (siehe dazu oben bei und mit Fn. 44). Ihr gegenüber hat die hier skizzierte Abgrenzung allenfalls den Vorzug größerer Genauigkeit. *Zweitens* kommt sie auch der in der Prozessrechtswissenschaft üblichen Unterscheidung zwischen Verhaltensnormen und Urteilsnormen ausgesprochen nahe (dazu oben bei und mit Fn. 40). Denn ebenso wie diese differenziert sie zwischen Normen, die das Vorgehen der verfahrenenden Stelle einerseits und die inhaltliche Beurteilung des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts andererseits be-

so lässt sich die obige Definition beibehalten: Verfahrensrecht ist der Inbegriff der Rechtsnormen, die die Vornahme der verfahrensbildenden Handlungen regeln. Verfahrenspflichten bilden einen Teil des so verstandenen Verfahrensrechts. Zu ihnen gehören all die verfahrensrechtlichen Gebote, die ihren Adressaten die Vornahme einer verfahrensbildenden Handlung aufgeben.

## II. Kompensation

Unter welchen Umständen die so begrifflich konturierten Verfahren Kompensationsaufgaben erfüllen können, lässt sich erst im Lichte einer genaueren Analyse des Kompensationsbegriffs klarer sehen (dazu 1.). Dessen Grundelemente (dazu 2.), Funktionslogik (dazu 3.) und Erscheinungsformen (dazu 4.) gilt es daher im Folgenden näher zu betrachten.

### 1. Begriff

Der Begriff der Kompensation ist beinahe allgegenwärtig. Es gibt kaum einen Lebensbereich, in dem er nicht seinen festen Platz hätte, kaum einen Wissen-

---

treffen. Vor diesem Hintergrund lässt sich bezweifeln, ob die strukturellen Unterschiede zwischen gerichtlichem und behördlichem Verfahren es wirklich ausschließen, gewaltübergreifende Kriterien für die Unterscheidung von materiellem Recht und Verfahrensrecht zu entwickeln (siehe zu dieser Skepsis oben Fn. 41). Darüber hinaus zeigen die hier verwendeten Abgrenzungskriterien *drittens*, dass sich Verfahrensnormen notwendigerweise dadurch auszeichnen, dass sie unmittelbar zur Vornahme bestimmter Verhaltensweisen verpflichten, wohingegen das materielle Recht auch verhaltensoffene Ergebnis- bzw. Zustandsvorgaben enthalten kann (auf diesen Unterschied weist insbesondere *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 98 hin). Schließlich ist die Unterscheidung *viertens* auch mit der Definition des materiellen Rechts als desjenigen Rechts vereinbar, das verfahrensexterne Verhältnisse regelt (so etwa *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 166). Denn sofern das Verfahrensrecht seinen Regelungsgegenstand in den verfahrensbildenden Handlungen findet, bezieht es sich ausschließlich auf verfahrensinterne Verhältnisse, wohingegen das materielle Recht mit dem Inhalt der verfahrensabschließenden Entscheidung verfahrensexterna betrifft. – Ob sich aus der Unterscheidung indes zugleich folgern lässt, dass gegenüber den Beteiligten eines Verfahrens allein das Verfahrensrecht „imperativen Charakter“ hat (so etwa *H. Foth*, Reines Prozeßrecht, 1953, S. 36f.; *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 70; wohl auch *E. Kininger*, Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens, 1980, S. 21) und folglich nur dieses zu befolgen, das materielle Recht hingegen lediglich zu prüfen sei (so *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 69 in Fn. 300), dürfte zwar in Teilen vom zugrunde gelegten Befolgungsbegriff abhängen (dazu *P. Hilbert/J. Rauber*, in: dies. [Hrsg.], Warum befolgen wir Recht?, 2019, S. 1 [4 ff.]). Die Struktur der Normen des materiellen Strafrechts („Wer sich so verhält, wird bestraft“) oder des Genehmigungsverwaltungsrechts (siehe beispielsweise § 58 Abs. 1 LBO [BW]: „Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn...“), zeigt indes, dass auch Bestimmungen des materiellen Rechts als imperativ zu befolgende, an die verfahrensrelevante Stelle adressierte Verhaltensnormen ausgestaltet sein können.



schaftszweig, dessen Fachsprache auf ihn verzichtete.<sup>51</sup> Und so begegnen Kompensationen auch innerhalb der Rechtswissenschaft nicht nur – ja vielleicht nicht einmal in erster Linie – im öffentlichen Recht, sondern daneben auch im Straf(verfahrens)recht<sup>52</sup> und Zivilrecht<sup>53</sup>.<sup>54</sup> Ja selbst innerhalb des öffentlichen Rechts findet der Kompensationsbegriff in so unterschiedlichen Bereichen wie dem Umweltrecht,<sup>55</sup> dem Staatshaftungsrecht,<sup>56</sup> dem Polizeirecht,<sup>57</sup> dem Recht der Verwaltungsabsprachen<sup>58</sup> oder dem Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse<sup>59</sup> gleichermaßen Verwendung. Dennoch: Der Kern dessen, was Kompensation bedeutet, ist in all diesen Verwendungsformen und -kontexten unverändert: „Kompensation heißt Ausgleich“.<sup>60</sup> Abgeleitet vom lateinischen *compensatio*, das sich mit „Ausgleichung“ oder „Gegenzählung“, überset-

<sup>51</sup> Siehe im Einzelnen *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 45 f., *O. Marquard*, Kompensation, in: Ritter/Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, 1976, Sp. 912 (912 ff.) und *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 17 ff., die auf die Verwendungen des Kompensationsbegriffs unter anderem in der Anthropologie, Medizin, Psychologie, Pädagogik, Volkswirtschaftslehre, Theologie, Philosophie, Physik und Geographie hinweisen.

<sup>52</sup> Zu denken ist hier insbesondere an die sog. Kompensations- oder Vollstreckungslösung, nach der als Ausgleich für eine überlange Verfahrensdauer im Fall der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ein bestimmter Teil für bereits vollstreckt zu erklären ist (siehe dazu etwa *J. Schmidt*, Überlange Strafverfahren im Lichte der §§ 198 ff. GVG, 2018, S. 76 ff.). Auch die in § 199 StGB vorgesehene Möglichkeit wechselseitige Beleidigungen auf Strafzumessungsebene gegeneinander auszugleichen, wird als Kompensation bezeichnet (siehe dazu nur *W. Küper*, JZ 1968, S. 651).

<sup>53</sup> Bürgerlich-rechtlich findet der Kompensationsbegriff seinen prominentesten Anwendungsbereich im Schadensrecht der §§ 249 ff. BGB, insbes. in § 251 BGB.

<sup>54</sup> Auch dazu im Überblick *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 19 f. und *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 45 ff.; siehe auch *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (667): „weites Feld der Kompensationsargumentation“.

<sup>55</sup> Im Umweltrecht – insbes. im Naturschutzrecht, vgl. §§ 13 ff. BNatSchG – ist das sog. Kompensationsprinzip fest etabliert, siehe dazu insbes. *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, sowie ferner *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 76 ff.; *R. Sparwasser/R. Engel/A. Voßkuhle*, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 2 Rn. 42 ff.

<sup>56</sup> *M. Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 54, bereits im Titel: „Retrospektive Kompensation der Folgen rechtswidrigen Hoheitshandelns“

<sup>57</sup> *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012; *D. Kugelmann*, DÖV 2003, S. 781 (787 ff.); *M. Möstl*, DVBl. 2007, S. 581 (586).

<sup>58</sup> *J. Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), S. 190 (236 ff.); *S. F. Rabe*, Der Rechtsgedanke der Kompensation als Legitimationsgrundlage für die regelungsetzende Verwaltungsabsprache, 1996.

<sup>59</sup> *B. Grzeszick*, DÖV 2018, S. 209 (214) zum parlamentarischen Kontrollgremium.

<sup>60</sup> *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (661); ebenso *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 45; *M. Meißner*, Die Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 168; *J. Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 321.

zen lässt,<sup>61</sup> beschreibt der Begriff der Kompensation „den Ausgleich eines Fehlers, eines Schadens, des Fehlens von etwas durch etwas, was das Fehlende, Fehlerhafte ersetzen, verdecken soll“.<sup>62</sup>

## 2. Grundelemente

Die Mehrgliedrigkeit dieser Begriffsbeschreibung lässt die Grundbausteine des Kompensationsgedankens bereits erkennen: Kompensation setzt erstens einen ausgleichsbedürftigen Fehler voraus, zweitens einen Gegenstand, der den Ausgleich leisten soll, und drittens eine spezifische Beziehung zwischen beiden, die es erlaubt, das Hinzutreten des zweiten als Ausgleich des ersten zu qualifizieren. Im Anschluss an den von *Andreas Voßkuhle* eingeführten Sprachgebrauch werden diese drei Elemente meist als „Kompensationslage“ (dazu lit. a), „Kompensationsleistung“ (dazu lit. b) und „Funktionszusammenhang zwischen Kompensationslage und Kompensationsleistung“ (dazu lit. c) bezeichnet.<sup>63</sup>

### a) Kompensationslage

Den Ausgangspunkt einer jeden Kompensation bildet ein irgendwie gearteter Defizitzustand, d.h. eine Situation, die in gewisser Hinsicht hinter einem vorgegebenen Soll-Zustand zurückbleibt und die sich aufgrund dessen als unzureichend oder fehlerhaft darstellt.<sup>64</sup> Fehlt es an einer solchen Kompensationslage, bedarf es eines Ausgleichs nicht, weil eine Situation, die allen an sie gestellten normativen Erwartungen gerecht wird, keinen Grund für einen Ausgleich bietet;<sup>65</sup> ja in Ermangelung eines Fehlers, der ausgeglichen werden könnte, *muss* in diesen Fällen nicht nur keine, es *kann* überhaupt keine Kompensation erfolgen. Denn Kompensationen sind transitiv strukturiert: Ausgleich ist immer Aus-

<sup>61</sup> Stichwort „compensatio“, in: F.Lošek (Hrsg.), Stowasser. Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, 2016; O. Marquard, Kompensation, in: Ritter/Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, 1976, Sp. 911 (913) spricht daher von einer „ökonomisch-juristischen Ausgangs- und Grundbedeutung“.

<sup>62</sup> Stichwort „Kompensation“, in: G.Drosdowski (Hrsg.), DUDEN: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 4, 1978.

<sup>63</sup> A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 49f.; ihm (weitgehend) folgend etwa I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 47; H. Jochum, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 67f.; F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 204; A. Schwerdtfeger, Krisengesetzgebung, 2018, S. 304; weiter ausdifferenzierend M. Meißner, Die Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 167 ff.

<sup>64</sup> Vgl. für den rechtlichen Kontext E. Klein, DVBl. 1981, S. 661 (661); A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 49; I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 47, 53.

<sup>65</sup> I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 53.

gleich *von etwas*. Die Kompensationslage stellt folglich den notwendigen Gegenstand des Ausgleichs dar, sie ist als Kompensationsobjekt unverzichtbar.

Die normativen Maßstäbe, vor deren Hintergrund sich eine Situation als fehlerhaft oder ausgleichsbedürftig erweist, lassen sich dem Kompensationsgedanken selbst allerdings nicht entnehmen.<sup>66</sup> Der Begriff der Kompensation weist so gewissermaßen über sich hinaus, ohne jedoch auf ein bestimmtes normatives Bezugssystem zu verweisen.<sup>67</sup> Wenngleich es im Rahmen rechtlicher Untersuchungen nahe liegt, die einschlägigen Referenzmaßstäbe im (Verfassungs-) Recht zu suchen und sich auf die Kompensation von Zuständen zu konzentrieren, die sich bei isolierter Betrachtung<sup>68</sup> als rechtswidrig darstellen,<sup>69</sup> so wird doch im Verlauf der Untersuchung deutlich werden, dass die verwaltungs- und verfassungsrechtliche Auseinandersetzung diese Fokussierung auf rechtliche Defizitzustände nicht durchhält. Stattdessen erhebt sie zuweilen bloße Funktionszuschreibungen – wie etwa die Erwartung, das materielle Recht müsse das Behördenhandeln steuern und legitimieren – zum Maßstab, ohne diese rechtlich abzustützen, oder lässt gar ganz im Dunkeln, aus welchen Vorgaben sich die Notwendigkeit eines Ausgleichs im Einzelfall ergibt.<sup>70</sup> Dass der Kompensationsgedanke in unterschiedlichen Formen in Erscheinung tritt, ist auch mit dieser Offenheit für unterschiedliche Defizitmaßstäbe zu erklären.<sup>71</sup>

Klarheit über den einschlägigen normativen Maßstab ist dennoch – oder vielleicht gerade deshalb – unabdingbar. Nicht nur die Frage, ob überhaupt eine Kompensationslage vorliegt, lässt sich nur in Kenntnis des maßgeblichen Soll-Zustands beantworten, auch Art und Ausmaß eines Defizits lassen sich erst vor dessen Hintergrund exakt bestimmen. Doch ohne die Art des Defizits zu kennen, fehlen die Maßstäbe für die Entscheidung darüber, ob das eingesetzte Kompensationsmittel so beschaffen ist, dass es zum Ausgleich des konkreten Missstands beizutragen vermag,<sup>72</sup> und in Unkenntnis über das Ausmaß des Defizits bleibt ungewiss, ob das Kompensationsmittel dieses vollständig be-

<sup>66</sup> A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 49, vgl. auch ebd., S. 40, 41.

<sup>67</sup> Vgl. I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 47: „Schwierigkeiten wird schon die Bestimmung des Maßstabs bereiten, an dem das Defizit zu messen ist.“

<sup>68</sup> Ausgeblendet wird bei isolierter Betrachtung der Effekt des Kompensationsmittels.

<sup>69</sup> So besonders deutlich etwa E. Klein, DVBl. 1981, S. 661 (661): „Die Beurteilung [...] der Ausgleichswürdigkeit [...] muß immer rechtsnormbezogen erfolgen; denn rechtliche Kompensation ist notwendig normabhängig.“; ebenso A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 48 (Kompensation als „Behebung eines [...] rechtswidrigen Zustands“), 49 („Maßstäbe sind [...] dem (Verfassungs-)Recht zu entnehmen“) und öfter.

<sup>70</sup> Vgl. dazu noch den Überblick unten § 3 IV und V, zur Anbindung an rechtliche Maßstäbe sodann § 5, insbes. II und IV.

<sup>71</sup> Darauf ist unter § 2 II 3 b) noch zurückzukommen.

<sup>72</sup> Vgl. für den Sonderfall der sog. Kompetenzkompensation E. Klein, DVBl. 1981, S. 661 (665): „Kompensierte und kompensierende Kompetenz müssen vielmehr in einem *auf die Bezugsnorm zurückführbaren* Austauschverhältnis stehen.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

hebt. Die Kompensationslage ist demnach „zugleich maßstabsgebend [...] für Art und Umfang der erforderlichen Ausgleichsleistung“.<sup>73</sup>

### b) Kompensationsleistung

Den zweiten Grundbaustein einer jeden Kompensation bildet die damit bereits angesprochene Kompensationsleistung. Sie bezeichnet denjenigen Umstand, dessen Hinzutreten den der Kompensationslage anhaftenden Mangel ausgleichen soll.<sup>74</sup> Welcher Art ein Umstand sein muss, um als Kompensationsleistung in Betracht zu kommen, lässt der Kompensationsgedanke selbst offen.<sup>75</sup> Dem Begriff der Kompensation inhärent ist insofern einzig, dass der den Ausgleich leistende Gegenstand nicht mit demjenigen Umstand identisch ist, dessen Fehlen für das die Kompensationslage ausmachende Defizit verantwortlich ist.<sup>76</sup> Im Verhältnis zu diesem stellt die Kompensationsleistung ein *aliud*, ja genauer: ein Surrogat dar, sie gleicht das Fehlen von etwas durch etwas anderes aus.<sup>77</sup> Das die Mangelhaftigkeit der Kompensationslage ursprünglich begründende Moment wird durch die Kompensationsleistung folglich nicht behoben, doch fügt der ausgleichende Umstand ihr etwas hinzu, das sie vom Makel des Defizitären befreit.

### c) Funktionszusammenhang zwischen Kompensationslage und Kompensationsleistung

Dass Kompensationen eine Form des Ausgleichs beschreiben, in der der den Ausgleich leistende Umstand ein Surrogat desjenigen Gegenstands darstellt, dessen Fehlen den zu kompensierenden Mangel begründet, stellt zugleich eine limitierende Anforderung an das Verhältnis von Kompensationslage und Kompensationsleistung: Der kompensierende Umstand und das Moment, dessen Fehlen kompensiert wird, dürfen zwar nicht identisch, müssen jedoch in einer Art und Weise gleichwertig sein, die es erlaubt, dieses durch jenen zu erset-

<sup>73</sup> A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 48; ebenso I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 53.

<sup>74</sup> Vgl. A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 49; I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 48;

<sup>75</sup> Das folgt bereits daraus, dass über die Art der erforderlichen Ausgleichsleistung nach dem soeben Gesagten die Beschaffenheit der Kompensationslage entscheidet, siehe dazu die Nachweise in Fn. 73.

<sup>76</sup> Insofern ist die Kompensation von der Restitution zu unterscheiden, vgl. dazu H. Sauer, Öffentliches Reaktionsrecht, 2021, S. 97 ff. sowie aus schadensrechtlicher Perspektive M. U. Kolbinger, Restitution und Kompensation bei Sachschäden, 2005, S. 23 ff.; C. Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 89; aus umwelt(haftungs)rechtlicher Perspektive N. Wenk, Naturalrestitution und Kompensation bei Umweltschäden, 1994, S. 136 ff.

<sup>77</sup> A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 20.

zen.<sup>78</sup> Die Kompensationsleistung erfüllt die ihr zuge dachte Ausgleichsfunktion folglich nur dann, wenn zwischen ihr und dem Umstand, dessen Fehlen das für die Kompensationslage kennzeichnende Defizit bedingt, ein Verhältnis der Äquivalenz besteht.<sup>79</sup> In der bisherigen Diskussion wird dieses (Äquivalenz-) Erfordernis regelmäßig als Funktionszusammenhang zwischen Kompensationslage und Kompensationsleistung bezeichnet.<sup>80</sup> Es bildet den dritten Baustein des Kompensationsgedankens.

Das Gleichwertigkeitserfordernis hat dabei eine doppelte, gleichermaßen qualitative wie quantitative Dimension. Es betrifft Art und Ausmaß der Kompensationsleistung: Ihrer Art nach muss die Kompensationsleistung dem Umstand, dessen Fehlen sie kompensieren soll, derart wesensmäßig vergleichbar sein, dass ein Austausch zwischen beiden überhaupt in Betracht kommt. Und ihrem Ausmaß nach muss die Kompensationsleistung der Dimension des auszugleichenden Defizits angemessen Rechnung tragen. Den maßstabsgebenden Bezugspunkt für diese doppelte Äquivalenz von Art und Ausmaß liefert – wie oben bereits angedeutet – die Kompensationslage,<sup>81</sup> genauer gesagt diejenige Norm,<sup>82</sup> vor deren Hintergrund die Kompensationslage als ausgleichsbedürftig-

<sup>78</sup> *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 270; *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (665): „Austauschverhältnis“.

<sup>79</sup> *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (663): Kompensation setzt voraus, dass „Verlust und Zugewinn unmittelbar äquivalent sind“; ebenso auch *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 50: „Äquivalent“; *M. Meißner*, Die Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 181; *R. Müller-Terpitz*, Die Beteiligung des Bundesrates am Willensbildungsprozeß der Europäischen Union, 1999, S. 358; *J. Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 321; *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 50; vgl. ferner *W. Krebs*, DVBl. 1984, S. 109 (113).

<sup>80</sup> *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 50; *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 48; *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 204; ähnlich *J. Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), S. 190 (239), der von einer „funktionalen Aufeinanderbezogenheit“ (Hervorhebung im Original) spricht, sowie *W. Krebs*, DVBl. 1984, S. 109 (113), der sogar „Funktionsgleichheit“ verlangt. – Ob die Bezeichnung als Funktionszusammenhang glücklich ist, erscheint allerdings zweifelhaft, da es von der maßgeblichen Bezugsnorm abhängt, ob es auf eine funktionelle Äquivalenz ankommt. So kommt ein Ausgleich rechtlicher Defizite nur dann in Betracht, wenn der das Defizit begründende und der dieses Defizit ausgleichende Umstand gerade in rechtlicher und nicht in funktioneller Hinsicht gleichwertig sind, es das Recht also auch gestattet funktionsäquivalente Leistungen gegeneinander auszutauschen; zu dieser Voraussetzung noch unten § 6 II 4, III 4, IV 4, V 4.

<sup>81</sup> Siehe bereits oben bei § 2 II 2 a) am Ende.

<sup>82</sup> An dieser Stelle sei noch einmal daran erinnert, dass der Kompensationsbegriff selbst nicht auf ein bestimmtes normatives System Bezug nimmt (auch dazu bereits oben § 2 II 2 a). Der Normbegriff ist daher auch an dieser Stelle offen und kann neben rechtlichen Vorgaben etwa auch Funktionserwartungen oder ästhetische Standards bezeichnen. Siehe allgemein zum breiten Feld des Normativen *C. Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2015.

ger Defizitzustand erscheint.<sup>83</sup> Lässt sich die normative Maßgabe, an dem die Kompensationslage gemessen wird, grundsätzlich auch durch ein Surrogat vom Typ der konkreten Kompensationsleistung erfüllen, ist diese dem zu kompensierenden Umstand ihrer Art nach äquivalent. Und erfüllt die konkrete Kompensationsleistung das von dieser Norm geschützte Interesse mit gleicher Intensität wie die Leistung, deren Fehlen ausgeglichen wird, so ist sie dieser auch im Hinblick auf das Ausmaß gleichwertig.

Dass für die Gleichwertigkeit damit durchaus ein Referenzmaßstab besteht, ändert indes nichts daran, dass die Feststellung des Äquivalenzverhältnisses, das den Funktionszusammenhang zwischen Kompensationslage und Kompensationsleistung ausmacht, eine Wertung voraussetzt.<sup>84</sup> Egal, ob im Hinblick auf Art oder Ausmaß der Kompensationsleistung, mit mathematisch-naturwissenschaftlichen Methoden und der für sie typischen Exaktheit lässt sich die Gleichwertigkeit nicht bestimmen.<sup>85</sup> Die normative Vorgabe, deren Nichterfüllung die ursprüngliche Ausgleichbedürftigkeit begründet, liefert zwar einen Maßstab. Doch da sich weder der Grad, in dem die Kompensationslage vom Soll-Zustand abweicht, noch der Beitrag, den die Kompensationslage zu deren Ausgleich leistet, präzise numerisch skalieren lassen, bleibt deren In-Bezug-Setzung eine Wertungs- und folglich eine Argumentationsaufgabe.<sup>86</sup>

### 3. Funktionslogik

Das Wesen von Kompensationen, so lässt sich im Lichte der vorstehenden Überlegungen festhalten, besteht darin, dass sie Defizite ausgleichen; und sie tun dies durch Surrogate. Für die spezifische Wirkungsweise und Funktionslogik von Kompensationen sind diese beiden Eigenschaften zentral. In ihrer Fähigkeit, bestehende Defizite auszugleichen, legitimieren Kompensationen sich selbst und die durch sie erzeugte Situation (dazu lit. a). Sie suspendieren auf diese Weise von der Primärpflicht, deren Nichterfüllung das kompensierte Defizit begründete (dazu lit. b), und sie eröffnen mit dem Surrogat der Kompensationsleistung eine normgerechte Verhaltensalternative, die zusätzliche Handlungsspielräume schafft (dazu c.).

<sup>83</sup> Vgl. erneut für den Sonderfall der sog. Kompetenzkompensation *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (665): „Kompensierte und kompensierende Kompetenz müssen vielmehr in einem *auf die Bezugsnorm zurückführbaren* Austauschverhältnis stehen.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>84</sup> *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 50, 183.

<sup>85</sup> Vgl. *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 50 sowie *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (663), der die Schwierigkeit darin sieht, Maßstäbe für eine echte Äquivalenz zu finden.

<sup>86</sup> Angesichts dieser Schwierigkeit wiegt besonders schwer, dass das Bestehen eines Funktionszusammenhangs bislang oft ohne nähere Darlegungen behauptet wird, siehe dazu *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 272.

a) *Kompensation legitimiert*

Kompensationen genießen, wenn sie gelingen, einen gleich doppelten Legitimationseffekt. Da sie auf Defizitlagen reagieren, deren Fehlerhaftigkeit nach einem Ausgleich verlangt, tun sie, was getan werden muss: Sie gleichen das Defizit aus. An ihrer eigenen Berechtigung kommt daher kein Zweifel auf, vielmehr scheinen sie, so formuliert es *Andreas Voßkuhle*, „ihre Legitimation bereits in sich zu tragen, weil sie einen ‚notwendigen‘ Ausgleich herbeiführ[en]“.<sup>87</sup>

Sofern eine jede gelingende Kompensation diesen Ausgleich tatsächlich bewirkt, befreit sie die ursprünglich defizitäre Kompensationslage vom Makel der Fehlerhaftigkeit.<sup>88</sup> Sie führt die Situation zum normativen Soll-Zustand zurück, ohne jedoch den Umstand, dessen Fehlen den Ausgleich ursprünglich erforderlich machte, selbst (wieder-)herzustellen. Auch dessen Fehlen wird durch die Kompensation gerechtfertigt.<sup>89</sup> Hierin besteht ihr zweiter Legitimationseffekt.<sup>90</sup>

b) *Kompensation suspendiert*

Eben dieser zweite Legitimationseffekt verleiht Kompensationen zugleich eine suspendierende Wirkung: Er hat zur Folge, dass eine jede Kompensation von einer Verpflichtung freistellt.<sup>91</sup> Deutlich wird dies, wenn man sich vor Augen führt, dass Kompensationen das Fehlen eines Umstands rechtfertigen, dessen Vorliegen im Grunde geboten ist – nur deshalb zeichnet die Abwesenheit des besagten Umstands für die Mangelhaftigkeit der Kompensationslage verantwortlich. Da die kompensationstypische Legitimationwirkung allerdings da-

<sup>87</sup> *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 17.

<sup>88</sup> Siehe dazu bereits oben § 2 II 2 b).

<sup>89</sup> Vgl. *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (661), nach dem der Kompensation „eine den Kompetenz- oder Rechtsverlust rechtfertigende Kraft zugewiesen“ wird.

<sup>90</sup> In dieser (selbst-)rechtfertigenden Wirkung des Kompensationsgedankens liegt indes die Gefahr begründet, dass bereits die Bezeichnung als Kompensation die mit ihm beschriebenen Vorgänge und Ziele sowie die zu deren Verwirklichung eingesetzten Mittel gegen Kritik immunisiert (vgl. *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 17; *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 [667]). Dass diese Gefahr durchaus real ist, zeigt sich zum einen daran, dass die Kompensationsvokabel oftmals bemüht wird, ohne zuvor eruiert zu haben, ob überhaupt eine ausgleichsbedürftige Kompensationslage vorliegt, ob zwischen ihr und der Kompensationsleistung ein Funktionszusammenhang besteht und welchen Beitrag die Kompensationsleistung zur Behebung des Defizits zu leisten vermag (vgl. *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 272, 275 und *J. Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 321 f.). Zum anderen wird nicht selten vernachlässigt, dass auch die rechtliche Zulässigkeit von Kompensationen an Grenzen stoßen kann (vgl. *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 [661]; diese Bedenken berücksichtigend *M. Meißner*, Die Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 170 ff.). Vorschnell droht die intuitive Beschreibung als Kompensation daher den Weg zu den dahinterliegenden normativen Fragen abzuschneiden.

<sup>91</sup> *T. Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (17) sieht darin ein „subversives Potential“.

rauf beruht, dass dessen Fehlen durch ein Surrogat – und folglich durch etwas anderes – ausgeglichen wird, degradieren Kompensationen den Umstand, dessen Fehlen sie rechtfertigen, zu einer ersetzbaren und damit entbehrlichen Größe. Von dem Gebot, für das Vorliegen eben dieses Umstands zu sorgen, stellen sie somit frei.<sup>92</sup> Wird ein ausgleichsbedürftiges Defizit durch eine geeignete Gegenleistung kompensiert, so wird der Gegenstand, dessen Fehlen die Ausgleichsbedürftigkeit begründete, verzichtbar. Die Pflicht, ihn beizubringen, entfällt.<sup>93</sup>

### c) *Kompensation flexibilisiert*

Es liegt in der Konsequenz dieser suspendierenden Wirkung, dass Kompensationen ein flexibilisierendes Moment innewohnt.<sup>94</sup> Indem sie es ermöglichen, den Umstand, dessen Fehlen die Ausgleichsbedürftigkeit begründet, durch einen anderen zu ersetzen, eröffnen sie einen alternativen Weg, um zum normativen Soll-Zustand zurückzukehren. Da eine jede Kompensation bewirkt, dass der defizitbegründende Umstand fortbestehen kann, eröffnet sie Handlungsoptionen, die ohne sie verschlossen blieben: Wo Kompensationen möglich sind, besteht die Wahl, entweder auf die Herbeiführung des Defizits zu verzichten oder für dieses Ausgleich zu leisten.

Besondere Attraktivität gewinnt diese Flexibilisierungsleistung deshalb, weil Kompensationsstrukturen Entscheidungsoptionen in das Normprogramm integrieren, ohne dabei diejenigen Interessen zu gefährden, die die Kompensationslage – bei isolierter Betrachtung – nur unzureichend wahrt. Diesen Interessen abträgliche – und damit nach der obigen Terminologie: defizitbegründende – Handlungen sind im Lichte der Kompensationsmöglichkeit zwar zulässig, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die durch sie bewirkten Beein-

<sup>92</sup> Vgl. C. Menke, Die Souveränität der Kunst, 1991, S. 201: „kompensieren kann nur, was die Geltung dessen, [...] das es kompensieren soll, suspendiert“; aus der Rechtswissenschaft in dieselbe Richtung wohl auch E. Klein, DVBl. 1981, S. 661 (661), der feststellt, der Kompensationsgedanke sei mit der „Vorstellung weitreichender Disponibilität von Kompetenzen und Rechten, Normen und Normkomplexen“ verbunden; deutlich auch J. Burmeister, VVDStRL 52 (1993), S. 190 (237), der für die von ihm behandelten Kompensationen diagnostiziert, diese implizierten die „Anerkennung einer Befugnis zur Nichtbefolgung einer Norm“.

<sup>93</sup> Treffend daher die Kennzeichnung der Kompensation als „Ersatzpflicht“ bei A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 90: Die Pflicht zur Vermeidung des Defizits wird ersetzt (und damit beseitigt) durch die (Erfüllung der) Pflicht zur Kompensation; ähnlich J. Burmeister, VVDStRL 52 (1993), S. 190 (237): Kompensationen als „Alternativhandlungen zur rechtlich gebotenen [Verhaltensweise]“.

<sup>94</sup> Vgl. zur Flexibilisierungswirkung einer jeden Kompensation I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 49; A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 8, 53, 81, 83 und öfter; sowie R. Wahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990, S. 283 (283): „Erweiterung des Handlungsspielraums“.



trüchtigungen anderweitig ausgeglichen werden.<sup>95</sup> Die durch Kompensationsstrukturen gewährten Handlungsspielräume haben somit ihren Preis; Spielraum und Kompensationsleistung stehen im Synallagma.<sup>96</sup>

Soweit das Recht Kompensationsmöglichkeiten vorsieht, ändert dieses Gegenseitigkeitsverhältnis allerdings nichts daran, dass die Handlungsspielräume der Rechtsadressaten erweitert werden. Sie werden nicht kategorisch zur Defizitvermeidung verpflichtet, sondern ihnen steht die Alternative offen, stattdessen für die von ihnen bewirkten Beeinträchtigungen Ausgleich zu leisten. Und aus der Perspektive der Rechtssetzung liegt die Flexibilisierungswirkung von Kompensationen sogar in eben diesem Austauschverhältnis begründet. Nur wenn und weil sich die Primärpflicht der Defizitvermeidung und die „Ersatzpflicht“ der Kompensation im Hinblick auf die Bewahrung schützenswerter Interessen als gleichwertig darstellen, kann sich die Rechtsetzung ohne Verluste darauf beschränken, Kompensationen zu verlangen. Auch für die Rechtsetzung eröffnet die Ausgleichswirkung der Kompensation daher Handlungsspielräume.<sup>97</sup> Aus ihrer Perspektive bilden Kompensationsstrukturen einen vielversprechenden „Mittelweg zwischen schlichter Duldung und [kategorischer] Abwehr“ des interessenbeeinträchtigenden Verhaltens.<sup>98</sup>

#### 4. Erscheinungsformen

Der so skizzierte Kompensationsgedanke bietet zunächst allerdings nicht mehr als eine formale, inhaltlich weitgehend offene Argumentationsstruktur. Weder legt er fest, anhand welchen normativen Maßstabs zu beurteilen ist, ob eine Situation als defizitäre Kompensationslage des Ausgleichs bedarf (dazu lit. b), noch gibt er vor, welche Arten von Instrumenten als Kompensationsmittel in Betracht kommen (dazu lit. c). Und auch im Hinblick auf die Art der Gegenstände oder Situationen, deren Defizit ausgeglichen werden kann, enthält der Kompensationsgedanke selbst keine Einschränkungen (dazu lit. a). Die Folge dieser Offenheit ist eine Vielzahl möglicher Erscheinungsformen und Anwen-

<sup>95</sup> A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 10; vgl. auch I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 50, die betont, dass Kompensationen (im Gegensatz zur Abwägung) auf der Annahme beruhen, dass „der Rechtsverlust grundsätzlich nicht zumutbar ist“.

<sup>96</sup> A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 53: „do ut des“; vgl. zum Zusammenhang von reduzierter gerichtlicher Kontrolldichte und Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens auch R. Wahl, NVwZ 1991, S. 409 (412, 414, 418), nach dem die Freiheiten „verdient“ werden müssen; dieser Gedanke auch bei M.-E. Geis, in: Ziekow (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, S. 97 (106); T. Kingreen, NJW 2006, S. 877 (879); C. Tünnesen-Harmes, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, S. 111.

<sup>97</sup> Besonders deutlich ist dies in den Fällen, in denen die Kompensation dazu führt, dass ein isoliert betrachtet rechtswidriger Zustand rechtmäßig wird.

<sup>98</sup> I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 49.

dungsfälle des Kompensationsgedankens – auch im Recht. Auch ohne auf individuelle Kompensationsstrukturen einzugehen, lassen sich im Folgenden einige Typen solcher Erscheinungsformen unterscheiden. Sie dienen als Raster, das es einerseits erlaubt, Kompensationsbehauptungen in Rechtsprechung und Schrifttum richtig einzuordnen, und es andererseits ermöglicht, die hier untersuchte Kompensation durch Verfahren näher zu konturieren.

*a) Kompensation defizitärer Rechtszustände vs. Kompensation defizitärer tatsächlicher Situationen*

Eine erste Unterscheidung betrifft den Gegenstand, dessen Fehlerhaftigkeit ausgeglichen werden soll. Kompensationen können sich insofern einerseits auf die Nivellierung mangelbehafteter Rechtszustände, d.h. von Defiziten im Recht, beziehen, sie können sich andererseits aber auch um den Ausgleich defizitärer tatsächlicher Situationen bemühen.<sup>99</sup>

Eindeutig der ersten dieser Fallgruppen zuzuordnen ist etwa die sog. Kompetenz- oder Rechtskompensation.<sup>100</sup> Ihr wesensprägendes Merkmal besteht darin, dass eine Beschränkung oder gar ein vollständiger Verlust bestimmter Kompetenzen oder Rechte durch die Zuordnung andersartiger Kompetenzen oder Rechte ausgeglichen wird. Das wohl prominenteste Beispiel hierfür ist der Versuch, die Verlagerung von Kompetenzen der Landesgesetzgeber auf die Bundesebene dadurch aufzufangen, dass das Erfordernis der Bundesratszustimmung für die vom Bund erlassenen Gesetze ausgeweitet wird.<sup>101</sup> Der die Ausgleichsbedürftigkeit begründende Defizitzustand – im Beispiel: der reduzierte Kompetenzbestand der Länder – ist in diesen Fällen ein solcher des Rechts. Defizitär ist (bei isolierter, d.h. von der Ausgleichszuordnung abstrahierender

<sup>99</sup> Die einschlägigen rechtswissenschaftlichen Untersuchungen knüpfen insoweit beinahe *unisono* an einen „faktisch defizitären Rechtszustand“ an (so *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (661); *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 49; fast wortgleich *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 53; *M. Meißner*, Die Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 168; *A. Schwerdtfeger*, Krisengesetzgebung, 2018, S. 304; *J. Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 321). Bei Lichte besehen halten sie diese Beschränkung auf die Kompensation von Defiziten im Recht aber nicht immer durch, dazu sogleich noch im Text. – Die Gegenüberstellung von mangelbehafteten Rechtslagen einerseits und defizitären Sachlagen andererseits soll keinesfalls in Abrede stellen, dass sich die Fallgruppe der Kompensation defizitärer Sachlagen je nach disziplinärem Erkenntnisinteresse noch weiter ausdifferenzieren lässt. Während aus medizinischer Perspektive etwa der Ausgleich körperlicher Defizite von besonderem Interesse sein dürfte, stehen beispielsweise für Pädagogen vor allem Lerndefizite und deren Ausgleich im Fokus. Angesichts des in erster Linie rechtswissenschaftlichen Zugriffs der vorliegenden Untersuchung erscheint eine weitere Differenzierung unterschiedlicher defizitärer Sachlagen indes entbehrlich.

<sup>100</sup> Ausführlich dazu *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661; siehe auch *M. Meißner*, Die Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 167 m. w. Nachw. in der dortigen Fn. 1.

<sup>101</sup> Siehe dazu *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (661) und *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 31 ff., jew. m. w. Nachw.

Betrachtung) die rechtliche Zuordnung der Gesetzgebungskompetenzen und damit das Recht selbst.

Dass sich die rechtswissenschaftliche Behandlung des Kompensationsgedankens indes mitnichten auf die Kompensation von innerrechtlichen Defiziten beschränken muss, zeigen die Ausprägungen, die der Kompensationsgedanke etwa im Umweltrecht erfahren hat. So hat *Andreas Voßkuhle* für einige der umweltrechtlichen Kompensationsmodelle herausgearbeitet, dass diese „darauf abzielen, die durch die Nichterfüllung eines bestimmten rechtlichen Verhaltensgebots verursachten Beeinträchtigungen auszugleichen“.<sup>102</sup> Anlass zum Ausgleich geben in diesen Fällen folglich konkrete Verhaltensweisen – etwa der Eingriff in Natur und Landschaft i. S. d. § 14 BNatSchG – und die von ihnen verursachten nachteiligen Folgen. Als defizitär erweist sich dabei gerade nicht das Recht selbst, sondern die durch eine bestimmte – bei isolierter, von der Kompensationsleistung abstrahierender Betrachtung: rechtswidrige<sup>103</sup> – Verhaltensweise erzeugte tatsächliche Situation.

#### *b) Kompensation rechtlich-defizitärer Zustände vs. Kompensation funktionell-defizitärer Zustände*

Eine zweite für die Kategorisierung von Kompensationsformen relevante Unterscheidung ergibt sich daraus, dass der Kompensationsgedanke selbst nicht vorgibt, anhand welchen normativen Maßstabs zu beurteilen ist, ob eine Situation des Ausgleichs bedarf oder nicht.<sup>104</sup> Auf Sach- oder Rechtslagen, die sich gerade im Lichte rechtlich vorgegebener Maßstäbe als defizitär erweisen, lässt sich der Kompensationsgedanke daher ebenso anwenden wie auf solche, die im Lichte außerrechtlicher, insbesondere funktionsbezogener Maßstäbe als ausgleichsbedürftig erscheinen.<sup>105</sup>

So banal und offensichtlich diese Unterscheidung auch sein mag, so stiefmütterlich wird sie doch häufig behandelt. Wie sich im Verlauf der Untersuchung noch zeigen wird, legt sich die juristische Diskussion nur selten darüber Rech-

<sup>102</sup> *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 206; insofern ist es zumindest ungenau, wenn er zuvor (ebd., S. 49) ausführt, Kompensationen knüpften an einen „faktisch defizitären Rechtszustand“ (Hervorhebung hinzugefügt) an.

<sup>103</sup> Das Defizit tatsächlicher Situationen muss sich freilich nicht notwendigerweise daraus ergeben, dass sie rechtlichen Maßstäben nicht gerecht werden (zur Offenheit der Maßstäbe sogleich). Aus juristischer Perspektive dürften tatsächliche Situationen, deren Mangelhaftigkeit zudem daher rührt, dass sie einem „bloß“ außerrechtlichen Standard nicht genügen, allerdings nicht von großem Interesse sein.

<sup>104</sup> Dazu bereits oben § 2 II 2 a).

<sup>105</sup> Auf funktionsbezogene Maßstäbe stellt etwa *H. Jochum*, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht*, 2004, S. 67f. ab. – Auch die Gruppe der außerrechtlichen Maßstäbe ließe sich weiter ausdifferenzieren. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive dürfte eine solche weitere Ausdifferenzierung allerdings keinen Mehrwert versprechen. Die relevante Trennlinie verläuft für sie zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Maßstäben.

nung ab, weshalb sie eine Situation als ausgleichsbedürftig wahrnimmt und warum sie in der Folge bestimmte Instrumente als Kompensationen qualifiziert. Fehlschlüsse provoziert das insbesondere dann, wenn durch die Bezeichnung als Kompensation zugleich suggeriert wird, eine – oder gar: die konkrete – Ausgleichsleistung sei rechtlich geboten, obwohl die Defizitdiagnose bei genauerer Betrachtung nicht auf einer rechtlichen Bewertung der Situation beruht, sondern von anderen Maßstäben getragen wird. So kann sich beispielsweise die Offen- bzw. Unbestimmtheit des materiellen Rechts, die in den an späterer Stelle noch näher diskutierten Fällen<sup>106</sup> als ausgleichsbedürftiges Defizit beschrieben wird, einerseits vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Maßstäbe, wie etwa dem Bestimmtheitsgrundsatz, der Wesentlichkeitslehre oder der Garantie effektiven Rechtsschutzes, als unzureichend und folglich als rechtswidrig erweisen.<sup>107</sup> Sie kann andererseits aber auch „lediglich“ hinter den an das materielle Recht gerichteten Funktionserwartungen, wie etwa der Aufgabe effektiver Verhaltenssteuerung oder der Legitimation des Verwaltungshandelns, zurückbleiben. Wenngleich funktionale und rechtliche Erwartungen sich zuweilen berühren mögen, so handelt es sich dennoch um divergierende Maßstäbe, deren Gleichlauf nicht vorschnell unterstellt werden darf. Vor allem aus zwei Gründen ist es angesichts dessen unverzichtbar, den zugrunde gelegten Maßstab klar zu benennen: Erstens ergibt sich erst aus dem einschlägigen normativen Maßstab, worin ein konkreter Missstand genau besteht und wie das Kompensationsmittel beschaffen sein muss, um zu dessen Ausgleich beizutragen.<sup>108</sup> Und zweitens ermöglicht es der rechtswissenschaftliche Verweis auf Kompensationszusammenhänge allenfalls dann, wenn der ausgeglichene Missstand in einer Situation besteht, die gerade rechtlichen Forderungen nicht gerecht wird, auch die Kompensationsleistung als *rechtlich* notwendig auszuweisen und sie damit als Rechtspflicht zu etablieren.<sup>109</sup>

### c) *Substanz und Verfahren: Materielle Kompensation vs. prozedurale Kompensation*

Beinahe vollständig offen lässt der Kompensationsgedanke schließlich, welche Mittel zum Ausgleich eines kompensationsbedürftigen Defizits in Betracht kommen. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Kontexte, in denen der Kompen-

<sup>106</sup> Siehe unten § 3 IV, V.

<sup>107</sup> Dazu noch unten § 5 IV 1 b) und c), 2 b).

<sup>108</sup> Vgl. dazu bereits oben § 2 II 2 a) und c) sowie zur maßstabsbildenden Funktion der Kompensationslage erneut A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 48; I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 53.

<sup>109</sup> Wie unten noch zu zeigen sein wird, ist die Qualifikation des Defizits als rechtliches hierfür keine hinreichende, aber eine notwendige Voraussetzung, weil der Zulässigkeit einer entsprechenden Kompensation andere rechtliche Wertungen entgegenstehen können, siehe noch unten § 6 II–VI.

sationsgedanke Anwendung findet,<sup>110</sup> stößt der Versuch einer auch nur annähernd vollständigen Kategorisierung unterschiedlicher Kompensationsleistungen indes an unüberwindbare Grenzen.<sup>111</sup> In Fortführung der obigen Unterscheidungen und im Lichte des rechtswissenschaftlichen Fokus' der vorliegenden Untersuchung liegt es insofern zunächst nahe, auch im Hinblick auf die zum Zwecke der Kompensation eingesetzten Mittel zwischen solchen des Rechts und solchen ohne Rechtscharakter, also zwischen rechtsförmigen und nicht-rechtsförmigen Kompensationsmitteln zu unterscheiden. Kompensationen, die ihre Ausgleichsleistung einem – rechtlich möglicherweise nicht einmal verlangten – Realhandeln verdanken, ließen sich insofern von Kompensationen unterscheiden, deren ausgleichende Wirkung auf einen Rechtsakt und die in ihm verkörperten Pflichten oder Rechte zurückgeht.

Die hier im Fokus stehende Kompensation durch Verfahren ruht indes auf einer anderen Unterscheidung: derjenigen zwischen materiellen und prozeduralen Kompensationsinstrumenten. Anknüpfend an die obigen Ausführungen zu den Begriffen des Verfahrens und des Verfahrensrechts lassen sich dabei zwei Typen von Ausgleichsinstrumenten als prozedurale Kompensationsmittel qualifizieren: Verfahrenshandlungen und Verfahrenspflichten.<sup>112</sup> Prozedurale Kompensationsleistungen können demnach erstens in der Vornahme einer Handlung bestehen, die ihrerseits Teil eines in planvoller Weise auf die Erreichung eines bestimmten Ziels gerichteten Handlungsablaufs, also eines Verfahrens, ist.<sup>113</sup> Zweitens gehören dem Kreis prozeduraler Kompensationsmittel aber vor allem auch all diejenigen rechtlichen Bestimmungen an, die ihren Adressaten die Vornahme einer solchen Verfahrenshandlung aufgeben.<sup>114</sup> Zwar

<sup>110</sup> Dazu knapp bereits oben § 2 II 1 m. Nachw.

<sup>111</sup> Unterscheiden ließen sich Kompensationsleistungen insofern etwa nach dem Zeitpunkt deren Erbringung (prospektive und retrospektive Kompensationen, vgl. *A. Voßkuhle*, *Das Kompensationsprinzip*, 1999, S. 10f.; Anklänge auch bei *I. Bonin*, *Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge*, 2012, S. 246), nach der Person des Leistenden (Wird die Kompensationsleistung von demjenigen erbracht, der für das Ent- bzw. Fortbestehen des Defizits verantwortlich ist?) oder nach der Art der erbrachten Leistung (etwa monetäre und nicht-monetäre Kompensationen).

<sup>112</sup> Enger hingegen *I. Bonin*, *Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge*, 2012, S. 246: „Die [...] prozedurale Kompensation begrenzt die zur Verfügung stehenden Mittel auf Verfahrensrecht.“ Vgl. zu den Begriffen „Verfahren“ und „Verfahrenspflicht“ bereits oben § 2 I 1 und 4.

<sup>113</sup> Zum entsprechenden Verfahrens begriff siehe oben § 2 I 1.

<sup>114</sup> Auch insoweit anders *I. Bonin*, *Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge*, 2012, S. 48, die meint, im „Bereich der ‚verfahrensrechtlichen Kompensation‘ besteh[e] das Kompensationsmittel bzw. die Kompensationsleistung in *Verfahrensrechten*“ (Hervorhebung hinzugefügt). Die Verengung auf Rechte blendet indes aus, dass es auch kompensatorische Verfahrenspflichten geben kann, denen gerade kein subjektives Recht korrespondiert. *Bonin* hält die Fokussierung auf Rechte denn auch nicht durch, wenn sie im Rahmen der Kompensationsmittel etwa polizeiliche Konzeptpflichten thematisiert (siehe ebd., S. 252f.), ohne herauszuarbeiten, dass irgendjemandem ein Recht auf Aufstellung eines entsprechenden Konzepts zustünde.

werden bei der folgenden Untersuchung der Kompensation durch Verfahren im Verwaltungs- und Verfassungsrecht fast ausschließlich solche Verfahrenspflichten – und nicht die sie umsetzenden Verfahrenshandlungen – im Vordergrund stehen. Wirft man jedoch einen kurzen Seitenblick ins Völkerrecht, so zeigt sich, dass zuweilen auch rechtlich überhaupt nicht verlangten Verfahrenshandlungen eine Ausgleichsfunktion zugeschrieben wird.<sup>115</sup> Im Vergleich zur Unterscheidung rechtsförmiger und nicht-rechtsförmiger Kompensationsmittel ist die Differenzierung zwischen materiellen und prozeduralen Kompensationsinstrumenten zugleich weiter und enger. Einerseits schließt sie mit bloßen Verfahrenshandlungen auch nicht-rechtsförmige Kompensationsmittel ein, andererseits erfasst sie aus dem Kreis rechtsförmiger Kompensationsmittel allerdings lediglich solche, die Verfahrenspflichten enthalten.<sup>116</sup>

#### d) Eingrenzungen

Wie lassen sich die hier unter dem Titel „Kompensation durch Verfahren“ behandelten Kompensationsformen in dieses Raster einordnen? Drei Aspekte sind insofern hervorzuheben.

Erstens dürfte es insofern kaum überraschen, dass sich die im Verlauf der Untersuchung analysierten Kompensationen dadurch aus dem Kreis denkbarer Ausgleichsstrukturen herausheben, dass sie sich eines prozeduralen Kompensationsmittels bedienen. Insbesondere Kompensationen, in denen rechtlich normierte Verfahrenspflichten die Ausgleichsleistung erbringen, stehen im Zentrum der Untersuchung.

---

<sup>115</sup> Insbesondere der EGMR macht im Rahmen seines sog. *procedural approach* den Umfang des mitgliedstaatlichen *margin of appreciation* von der Qualität der Entscheidungsverfahren abhängig, die der überprüften Maßnahme vorangegangen sind (siehe etwa EGMR, Ur. v. 22.04.2013, Rs. 48876/08 – *Animal Defenders International/Vereinigtes Königreich*, Rn.108). Ohne entsprechende Verfahrenspflichten der Mitgliedsstaaten zu propagieren, nimmt der Gerichtshof so etwa in den Blick, ob diese ihre Annahmen durch wissenschaftliche Studien oder Expertenanhörungen abgesichert und die widerstreitenden Interessen sorgfältig ermittelt und abgewogen haben oder der Entscheidung eine intensive parlamentarische Debatte vorausging, siehe zum Ganzen *J. Rauber*, AöR 143 (2018), S. 67 (109f.) m. w. Nachw. In der Sache ist das von prozeduralen Obliegenheiten kaum noch zu unterscheiden; auch das BVerfG qualifiziert die von ihm anerkannten kompensatorischen Verfahrenspflichten mitunter entsprechend, siehe etwa BVerfGE 125, 175 (226); 79, 311 (344); kritisch zu dieser Qualifikation *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 20: „verunklarrend“; *K.-A. Schwarz/C. Bravidor*, JZ 2011, S. 653 (656).

<sup>116</sup> Damit ist umgekehrt zugleich gesagt, dass sich auch im Bereich des Rechts der Kompensationsgedanke nicht auf verfahrensbezogene Kompensationsmittel beschränkt. Wenn etwa das BVerfG feststellt, die Defizite demokratischer Legitimation, die im Bereich der europäischen Bankenunion durch die dort diagnostizierten „Einflussknicks“ entstünden, könnten „kompensiert“ werden, indem Gerichtsschutz eröffnet und den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt werde, „die Rechtsgrundlagen der [entsprechenden] unabhängigen Einrichtungen und Stellen zu ändern“, wird die erhoffte Ausgleichswirkung gerade materiellen Rechtspositionen zugeschrieben (vgl. BVerfGE 151, 202 [291, 293, 327 ff.]).

Die derart auf prozedurale Kompensationen eingeschränkte Analyse nimmt zweitens ausschließlich Kompensationen von mangelbehafteten Rechtszuständen in den Blick. Lediglich dort, wo Verfahrenspflichten oder -handlungen dazu dienen, Defizite im Recht auszugleichen, setzt die Untersuchung an. Wie sich im folgenden Kapitel noch zeigen wird, kommt dabei all jenen Konstellationen besondere Bedeutung zu, in denen das materielle Recht aufgrund seiner besonderen Offen- bzw. Vagheit und der damit einhergehenden reduzierten Determinationskraft als ausgleichsbedürftig wahrgenommen wird.

Keine Einschränkung erfährt der Untersuchungsgegenstand hingegen drittens im Hinblick auf die normativen Maßstäbe, die die Diagnose der Ausgleichsbedürftigkeit einer Rechtslage tragen. Angesichts des Befunds, dass diese Maßstäbe ohnehin nur selten reflektiert und kaum je explizit gemacht werden, soll im Folgenden stattdessen die Frage gestellt werden, ob dort, wo Kompensationslagen im Recht behauptet werden, tatsächlich auch das Recht selbst zum Ausgleich drängt.<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> Unten § 5.

## Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten

### I. Zielsetzung

So verbreitet die Vorstellung auch ist, dass sich die Schwächen des materiellen Rechts durch Verfahren ausgleichen lassen, so selten wird reflektiert, wie das Verfahren diese Kompensationsfunktion im Einzelnen erfüllt. Stattdessen droht der pauschale Verweis auf die Ausgleichsfunktion des Verfahrens in Vergessenheit geraten zu lassen, wie unterschiedlich Verfahren ausgestaltet sein können. Entsteigt man dem Dickicht der Einzelfälle, in denen Verfahren das Verdienst zugesprochen wird, das Manko schwacher inhaltlicher Gesetzesvorgaben aufzufangen, so zeigt sich denn auch, dass das Phänomen der Kompensation durch Verfahren nicht auf einen bestimmten Verfahrenstyp beschränkt ist: Gesetzgebungsverfahren werden für ihre kompensatorischen Leistungen ebenso gelobt wie die Verfahren der Verwaltung,<sup>1</sup> und selbst aus der Vielzahl unterschiedlicher Verfahrenstypen, die sich innerhalb des Verwaltungsrechts inzwischen ausgebildet haben,<sup>2</sup> dürfte kaum einer auszumachen sein, der nicht zuweilen ebenfalls kompensatorische Züge aufweist. Was aber macht die Ausgleichswirkung all dieser Verfahren aus? Greifen sie trotz ihrer Unterschiede auf einen gemeinsamen Instrumentenkasten zurück? Oder beschreiten sie in dem Bemühen, die Schwächen des materiellen Rechts auszugleichen, ihren je eigenen Sonderweg?

Die Überlegungen des folgenden Abschnitts gehen diesen Fragen nach. Sie identifizieren diejenigen Bausteine administrativer und legislativer Verfahren, auf die der kompensatorische Effekt dieser Prozesse zurückgeht. Aus einer ver-

---

<sup>1</sup> Siehe die umfangreichen Nachweise oben in § 1 IV sowie zum Kompensationsanspruch spezifischer Verfahrenspflichten sogleich unten § 3 IV und V.

<sup>2</sup> *J.-P. Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 28 Rn. 158 ff.; *A. Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 277 (286 ff., 290 ff.); zu Verteilungsverfahren insbes. *J.H. Klement*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR IV, 2022, § 121; *F. Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, 2010, S. 531 ff. sowie *C. Fuchs*, in: Towfigh u.a. (Hrsg.), *Recht und Markt*, 2009, S. 205 und *N. Malaviya*, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, 2009, S. 138 ff., 253 ff.; zu (Elementen von) Qualitätssicherungsverfahren *F. Reimer*, *Qualitätssicherung*, 2010, S. 303 ff., insbes. 331 ff., 364 ff., 392 ff.; zu Genehmigungsverfahren *R. Wahl*, NVwZ 2002, S. 1192 (1194 f.) sowie knapp und skeptisch *M. Schröder*, *Genehmigungsverwaltungsrecht*, 2016, S. 573 ff.



fahrensübergreifenden Perspektive entwickeln sie damit eine Typologie kompensatorischer Verfahrenselemente, die Aufschluss darüber verspricht, welchen Arten von Verfahrenshandlungen und -pflichten die Fähigkeit prozeduraler Kompensation zugeschrieben wird, auf welche spezifische Weise diese auf das Fehlen materiell-rechtlicher Direktiven reagieren und in welchen Anwendungssituationen sie ihren jeweiligen Platz haben. Im Sinne einer Systematisierung kompensatorischer Verfahrensstrukturen beleuchten sie dabei zudem, ob und wie diese unterschiedlichen Verfahrenselemente innerhalb eines Verfahrens zusammenwirken.

In der Absicht, gemeinsame Strukturen kompensatorischer Verfahren sichtbar zu machen und die vordergründige Vielfalt prozeduraler Ausgleichsmechanismen auf diese Weise systematisierend einzuhegen,<sup>3</sup> nimmt die Analyse nicht nur unterschiedliche Verwaltungsverfahren vergleichend in den Blick, sondern untersucht vor deren Hintergrund auch Erscheinungsformen prozeduraler Kompensationen im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren.

Diese verfahrensübergreifende Perspektive offenbart zweierlei. Erstens belegt sie eine weitgehende Parallelität der Prozeduralisierungsformen: Über unterschiedliche Rechtsgebiete und Verfahrenstypen hinweg greift das Recht auf ähnliche, wiederkehrende Bauformen zurück, um die Schwächen materiell-rechtlicher Direktiven prozedural aufzufangen; ja, selbst Administrativ- und Legislativverfahren bedienen sich in weiten Teilen aus einem gemeinsamen, wengleich vielseitigen Repertoire kompensatorischer Verfahrenspflichten. Konzept- und Dokumentationspflichten finden sich in diesem ebenso wie Begründungs- und Beobachtungspflichten, Pflichten zur Sachverhaltsermittlung oder Erfordernisse der Behörden-, Betroffenen- oder Öffentlichkeitsbeteiligung (dazu IV., V.).

Weshalb es derart unterschiedlicher, sich zuweilen ergänzender, Verfahrenselemente bedarf, um die ausbleibenden Leistungen materiell-rechtlicher Determination prozedural zu kompensieren, erschließt sich erst im Lichte der vielfältigen Funktionen, die das Recht für gewöhnlich durch inhaltlich engmaschige Vorgaben erfüllt (dazu III.). Die verfahrensübergreifende Analyse illustriert insoweit zweitens, dass die verbreitete These, Verfahren kompensierten die Schwäche des materiellen Rechts, weiterer Ausdifferenzierung, ja sogar gelegentlicher Erweiterung bedarf. Nicht selten zielen die unterschiedlichen Verfahrenselemente erst im Zusammenwirken auf einen vollständigen Ausgleich des Fehlens inhaltlicher Direktiven; je für sich betrachtet begnügen sie sich mit dem Ausgleich des Fehlens einzelner der ursprünglich dem materiellen Recht zugeordneten Funktionen.

---

<sup>3</sup> Vgl. zur entsprechenden Ordnungsfunktion der Dogmatik *C. Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 45 f., 53; *P. Hilbert*, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 111 (115); *W. Kahl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, 2020, S. 74.

## II. Ausgangspunkt: Kompensationsbehauptungen

Bei alledem steht die Suche nach Verfahrenspflichten oder -handlungen, die eine Kompensationsfunktion erfüllen sollen, zunächst vor einer methodischen Schwierigkeit: Sie setzt ein Kriterium voraus, das es erlaubt, Verfahrensbausteine mit Kompensationsanspruch von Verfahrenselementen ohne Ausgleichsintention zu unterscheiden. Doch der Inhalt der einschlägigen Verfahrensbestimmungen schweigt hierzu.<sup>4</sup> Meist unausgesprochen stützt sich die bisherige Prozeduralisierungsdiskussion zur Identifikation kompensatorischer Verfahrenspflichten denn stattdessen auch auf eine systematische Gesamtschau des jeweiligen Regelungsbereichs. Denn auf die Frage, welches Defizit in den Fällen ausgeglichen wird, in denen Verfahren eine kompensatorische Funktion erfüllen, gibt die Prozeduralisierungsdebatte eine – zumindest vordergründig<sup>5</sup> – einvernehmliche Antwort: Die Schwäche des materiellen Rechts.<sup>6</sup> Ausgleichsfunktion des Verfahrens und Defizite des materiellen Rechts sind in ihr untrennbar miteinander verbunden. Und so entfaltet das Zusammenspiel von Verfahrensanforderungen, die über das jeweilige „Normalverfahren“ (etwa das Verwaltungsverfahren des VwVfG oder das im Grundgesetz ausdrücklich normierte Gesetzgebungsverfahren) hinausgehen, und materiellen Entscheidungsmaßstäben, die hinter dem Normalmaß zurückbleiben, Indizwirkung für den kompensatorischen Charakter der ergänzenden Verfahrenselemente.

Ein differenziertes Bild davon, welche Verfahrenselemente sich um den Ausgleich materiell-rechtlicher Defizite bemühen, lässt sich mit dieser Anknüpfung an eine nicht weiter bestimmte Schwäche des materiellen Rechts allein indes nicht entwerfen. Eine Schwäche, so ist dem Wörterbuch zu entnehmen, ist zunächst nicht mehr als „etwas, was bei einer Sache als Mangel empfunden wird“<sup>7</sup>. Worin dieser Mangel besteht und weshalb sich der für die Schwäche konstitutive Umstand überhaupt als mangelhaft erweist, darüber gibt der Begriff keine Auskunft.<sup>8</sup> Der Gegenstand des Ausgleichs, die Kompensations-

---

<sup>4</sup> Die Qualifikation als kompensatorisches Verfahrenselement beruht insofern auf einer von anderen Kriterien geleiteten und so gewissermaßen normexternen Funktionszuschreibung, so allgemein für Aussagen zu Verfahrensfunktionen *P. Reimer*, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 182 f. Autorin derartiger Funktionszuschreibungen kann, wie sich sogleich noch zeigen wird (§ 3 IV und V), neben dem wissenschaftlichen Schrifttum insbesondere auch die Rechtsprechung sein. Aber auch der Gesetzgeber kann sich etwa in der Gesetzesbegründung zur Einführung bestimmter prozeduraler Anforderungen zur Vorstellung einer Kompensation durch Verfahren bekennen (siehe etwa BT-Drs. 19/26103, S. 101 im Kontext der Novelle des BND-Gesetzes).

<sup>5</sup> Dazu sogleich in diesem Abschnitt (§ 3 II).

<sup>6</sup> Oben § 1 II, IV.

<sup>7</sup> DUDEN, „Schwäche“, Bedeutung Ziff. 4, abgerufen unter <https://www.duden.de/recht-schreibung/Schwaeche> (zuletzt abgerufen am 22.08.2023).

<sup>8</sup> Insofern gilt nichts anderes als für den oben bereits erläuterten Begriff der Kompensationslage, siehe dazu § 2 II 2 a).

lage,<sup>9</sup> bleibt mit der Formel von der Schwäche des materiellen Rechts folglich nichtssagend unterbestimmt. Und so bemühen sich Judikatur und Schrifttum um Konkretisierungen. Beinahe einmütig kreisen diese um die Themen der Präzision und Intensität materieller Bindungen: Das Verfahren gleiche die Offenheit<sup>10</sup> oder Weite<sup>11</sup> materiell-rechtlicher Vorgaben aus und wirke den korrespondierenden Entscheidungsspielräumen entgegen,<sup>12</sup> es kompensiere die Defizite rechtlicher Bestimmtheit<sup>13</sup> oder die Vagheit des materiellen Rechts<sup>14</sup> und fange schließlich Steuerungsmängel des Gesetzes<sup>15</sup> und die Rücknahme der materiell-rechtlichen Regelungs- und Kontrolldichte<sup>16</sup> auf. Doch wengleich Verwandtschaften und Wechselbezüge zwischen diesen Topoi nicht zu leugnen sind, bei Lichte besehen decken sie sich nicht: Weder lässt sich die Weite materiell-rechtlicher Vorgaben und Befugnisse mit deren Unbestimmtheit gleichsetzen,<sup>17</sup> noch hat die Offenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit des materiellen Rechts zwingend zur Folge, dass die Kontrolldichte ab- und der Entscheidungsspielraum der durch die Norm adressierten Verwaltung zunimmt.<sup>18</sup> Nicht alle kom-

<sup>9</sup> Zum Begriff bereits oben § 2 II 2 a).

<sup>10</sup> B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 49; F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 337; in diese Richtung auch J. Pietzcker, VVDStRL 41 (1983), S. 193 (201 ff.).

<sup>11</sup> D. Kugelmann, DÖV 2003, S. 781 (789); B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 76, 197 f.

<sup>12</sup> F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 292 f., 537; C. Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 263.

<sup>13</sup> M. Möstl, DVBl. 2007, S. 581 (586); R. Scholz, VVDStRL 34 (1976), S. 145 (173); H. Schulze-Fielitz, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (426); J. Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 321; H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (419).

<sup>14</sup> M. Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 276.

<sup>15</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 (7): „nachlassende Exaktheit gesetzgeberischer Steuerung“; T. Sheplyakova, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (7); C. Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 231: „Minus an Steuerung“; ähnlich R. Wabl, Verfahren, in: Görres-Lexikon, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (632): „schwache Determinierungskraft“.

<sup>16</sup> M. Fehling, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (284, 328); F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbeschlüsse, 2018, S. 239.

<sup>17</sup> G. Kirchhof, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 4 Rn. 40: „Bestimmtheit bedeutet nicht Konkretheit“; C. Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (384): „Bestimmtheit hat also nichts mit der Weite der Befugnisnorm zu tun, sondern mit ihrer Abgrenzbarkeit.“; vgl. auch E. Gurlit, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (249); J. H. Klement, Verantwortung, 2006, S. 273.

<sup>18</sup> I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 20; K. F. Gärditz, DVBl. 2009, S. 69 (76). Das zeigt sich am deutlichsten daran, dass selbst die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Grundsatz uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist, siehe statt vieler E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 183 ff. (Stand: 92. Erg.-Lfg, August 2020). Für das Bestehen von Beurteilungsspielräumen der Verwaltung ist die Konkretisierungsfähigkeit des materiellen Rechts daher nur eine notwendige, keine hinreichende Bedingung; eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte besteht

pensatorischen Verfahrenselemente, so lassen schon diese Diskrepanzen vermuten, reagieren auf die gleiche Schwäche des materiellen Rechts.

Im Lichte dieser Erschwernis wählt die Untersuchung zur Abgrenzung von kompensatorischen und nicht-kompensatorischen Verfahrenselementen einen pragmatischen Ausgangspunkt: Sie knüpft schlicht daran an, ob die bisherige Diskussion einem bestimmten Verfahrensinstrument eine Kompensationsfunktion zuspricht oder nicht. Vor dem Hintergrund ihres Anliegens, gerade die in Verwaltungs- und Staatsrechtslehre etablierte Vorstellung einer Kompensation durch Verfahren auszuleuchten, nimmt sie ihren Anfang insofern bei bloßen Kompensationsbehauptungen. Die zu entwickelnde Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten steht damit zwar unter Vorbehalt: Sie typisiert Verfahrenselemente, denen eine Ausgleichswirkung bzw. ein Ausgleichsanspruch attestiert wird; inwieweit diese Diagnose zutrifft, bleibt indes zunächst offen. Doch hat dies seinen Grund darin, dass es gerade die Kompensationsdiagnose selbst ist, deren nähere Prüfung sich die Untersuchung vornimmt. Die unhinterfragte Rückbindung an genau die Fälle, in denen Schrifttum, Rechtsprechung oder gar der Gesetzgeber eine Ausgleichsfunktion des Verfahrens behaupten, ermöglicht es so, Umfang und Konturen der zu untersuchenden Kompensationsthese genauer zu umreißen, ohne dabei bestimmte Formen prozeduraler Kompensation durch die Anknüpfung an ein inhaltliches Kriterium, wie etwa die Unbestimmtheit materiell-rechtlicher Vorgaben, bereits von vorneherein auszuklammern. Ohne die Perspektive bereits vorab auf bestimmte Kompensationslagen zu verengen, identifiziert sie all die Typen von Verfahrenshandlungen oder -pflichten, auf die sich die These bezieht.

### III. Analyseraster: Funktionen des materiellen Rechts

Anders als die Aufgabe, kompensatorische Verfahrensbausteine überhaupt erst zu identifizieren, muss deren anschließende Systematisierung auch die bereits angedeutete Vielgestaltigkeit der Defizitlagen einbeziehen, deren Ausgleich auf dem Verfahrensweg gelingen soll. Die leitende Frage lautet insofern: *Welche verschiedenen Verfahrensbausteine beanspruchen auf welche spezifische Weise zum Ausgleich welcher materiell-rechtlichen Defizite beizutragen?*

---

nur dann, wenn das Gesetz die Verwaltung daneben auch zur letztverbindlichen Konkretisierung ermächtigt *M. Eifert*, ZJS 2008, S. 336 (339); *H. Hill*, NVwZ 1989, S. 401 (403); *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 30 und öfter; *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 72; *W.-R. Schenke*, JZ 1988, S. 317 (324); *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 185f., 191 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020); *ders./T. Groß*, NVwZ 1993, S. 617 (621); *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 267; *R. Wahl*, NVwZ 1991, S. 409 (411) sowie in der Sache bereits *R. Scholz*, VVDStRL 34 (1976), S. 145 (168).

Gerade auf den letzten Teil dieser Frage gibt allerdings auch die obige Liste<sup>19</sup> konkretisierter Schwächen des materiellen Rechts keine erschöpfende Antwort. Denn selbst die einzelnen der dort genannten Schwächen, wie die Weite oder Unbestimmtheit materiell-rechtlicher Vorgaben sowie die geringe Regelungs- und Kontrolldichte, können sich in unterschiedlicher Hinsicht als mangelhaft erweisen. Die Vagheit materiell-rechtlicher Vorgaben etwa mag einerseits deshalb als defizitär erscheinen, weil sie Ungleichheiten in der Rechtsanwendung zu befördern droht, andererseits aber auch deshalb, weil sie es den Adressaten erschwert, sich auf das Recht einzustellen, und sich das Ergebnis der Rechtsanwendung nicht vollständig auf die demokratisch legitimierte und eben deshalb legitimierende Entscheidung des Gesetzgebers zurückführen lässt.<sup>20</sup> Der Fundus materiell-rechtlicher Schwächen differenziert sich auf diese Weise intern weiter aus, und die Palette der durch Verfahren möglicherweise kompensierten Defizite gewinnt neue Nuancen. Die Beschreibung des Kompensationsanspruchs der verschiedenen Verfahrensanforderungen erlangt damit zusätzliche Tiefenschärfe. Statt kompensatorischen Verfahrensbausteinen schlicht den Ausgleich materiell-rechtlicher Vagheit zuzuschreiben, erlaubt der Blick auf die mit der Vagheit inhaltlicher Normvorgaben verbundenen Defizite eine Unterscheidung zwischen Verfahrensanforderungen, die lediglich auf einzelne dieser (Sub-)Defizite reagieren.

Um derartige Unterschiede im Kompensationsanspruch verschiedenartiger Verfahrenselemente sichtbar zu machen, entfaltet die Untersuchung die Formel von der Schwäche des materiellen Recht zunächst in Orientierung an den Funktionen materiell-rechtlicher Vorgaben. Sie eruiert, welche der üblicherweise dem materiellen Recht zugedachten Funktionen ein konkretes Verfahrenselement zu erfüllen beansprucht, und deckt so auf, auf welche konkrete Schwäche des materiellen Rechts die unterschiedlichen Typen kompensatorischer Verfahrensbausteine zu antworten versuchen. Zugleich konkretisiert sie damit den Maßstab, anhand dessen sich deren tatsächliche Kompensationsleistung messen lässt.<sup>21</sup> Die für gewöhnlich an das materielle Recht herangetragenen Funktionserwartungen dienen so als Folie für die Analyse der untersuchten Verfahrenselemente und deren spezifischer Ausgleichsfunktion.

Welche Funktionen also erfüllen materiell-rechtliche Direktiven? Für die vorliegende Untersuchung stellt sich diese Frage in doppelter Weise: Einerseits für materiell-rechtliche Vorgaben im einfachen Gesetzesrecht (dazu 1.), ande-

<sup>19</sup> Soeben § 3 II.

<sup>20</sup> Dieser Multifunktionalität bestimmter materiell-rechtlicher Vorgaben entspricht es, dass auch in der dogmatischen Konkretisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes auf unterschiedliche Begründungsansätze und Maßstäbe abgestellt wird, siehe etwa *U. M. Gassner*, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1994, S. 81 ff., 85 ff.; *R. Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 77 ff., 92 ff.

<sup>21</sup> Zu diesem Zusammenhang bereits oben § 2 II 2 a); zur Durchführung unten § 4.

rerseits für inhaltliche Bestimmungen im Verfassungsrecht (dazu 2.). Denn während kompensatorische Bausteine im Verwaltungsverfahren die Schwächen der materiellen Vorgaben im einfachen Verwaltungsrecht auffangen sollen, sind prozedurale Kompensationen im Gesetzgebungsverfahren um den Ausgleich von Defiziten des materiellen Verfassungsrechts bemüht.<sup>22</sup>

### 1. Funktionen materiell-rechtlicher Vorgaben im einfachen Gesetzesrecht

Der Kanon der Funktionen, die das (einfache) Parlamentsgesetz (auch) mittels materiell-rechtlicher Anforderungen erfüllt, ist jedenfalls im Kern seit langem konsentiert: Es steuert (dazu lit. a), legitimiert (dazu lit. b), entlastet und begrenzt die Verwaltung (dazu lit. c und lit. d); es ermöglicht Kontrolle (dazu lit. e), erlaubt es, sich auf künftig zu erwartendes Staatshandeln einzustellen (dazu lit. f), und trägt zur Gewährleistung einer gleichheitsgerechten Exekutivpraxis bei (dazu lit. g).

#### a) Steuerungsfunktion

Nicht nur nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts<sup>23</sup> bilden die materiell-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes ein zentrales, ja vielleicht sogar das zentrale Instrument politischer Steuerung.<sup>24</sup> Vermittelt über die verfassungsrechtliche Gesetzesbindung der Verwaltung dirigiert das Gesetz das Staatshandeln<sup>25</sup> und erhebt kraft seiner allgemeinen Verbindlichkeit für die Bürger zudem den Anspruch, auch deren Verhalten zielgerichtet zu lenken.<sup>26</sup> Es nimmt auf diese

<sup>22</sup> Vgl. dazu bereits die einleitenden Erwägungen oben § 1 II.

<sup>23</sup> BVerfGE 39, 1 (59): „Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse nach soziologischen Erkenntnissen und Prognosen“.

<sup>24</sup> G. Krings, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 2 Rn. 1; F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 1; E.-H. Ritter, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69 (70); G. F. Schuppert, in: ders. (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, 1998, S. 105 (107f.); J. Singer, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 82; U. Scheuner, in: Festschrift für H. Huber, 1981, S. 127 (133f., 135); tendenziell einschränkend H. Schulze-Fielitz, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 139 (169): „Empirisch ist das parlamentarische (Verwaltungs-)Gesetz nur ein Steuerungselement [...] neben vielen anderen“; zum Steuerungspotential des Gesetzes M. Pöcker, Der Staat 41 (2002), S. 616 (619ff., der aus sprachphilosophischen Gründen kritisch ist) sowie die Beiträge von G. Krings und C. Waldhoff, in: Kahl/Mager (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, 2019, S. 241 ff. und S. 261 ff.; zu Steuerungsbegriff und -perspektive siehe G. F. Schuppert, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 65 (68ff.); A. Voßkuhle, in: ders./Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 17 ff.

<sup>25</sup> W. Hoffmann-Riem, AöR 130 (2005), S. 5 (38); der Sache nach auch K.-U. Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip, 1982, S. 338.

<sup>26</sup> E.-H. Ritter, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69 (70).

Weise planvoll auf gesellschaftliche Prozesse Einfluss. Für das Parlament erweist es sich damit als Mittel der Sozialgestaltung,<sup>27</sup> das es der parlamentarischen Mehrheit ermöglicht, ihre politischen Vorstellungen zu verwirklichen.<sup>28</sup>

#### b) Legitimationsfunktion

Dass die Parlamentsmehrheit das Verwaltungshandeln über materiell-rechtliche Gesetzesvorgaben inhaltlich steuert, verleiht diesen zugleich eine unverzichtbare Legitimationsfunktion:<sup>29</sup> Die Bindung an die inhaltlichen Vorgaben des materiellen Gesetzesrechts führt das Handeln des Staates auf eine Entscheidung des demokratisch legitimierten Parlaments zurück. Verbunden durch die Zwischenglieder des Gesetzesbeschlusses und der demokratischen Wahl des Parlaments koppeln die materiell-rechtlichen Gesetzesvorgaben die Entscheidungen der Verwaltung somit letztlich an den Ursprung der Legitimation, den Willen des Volkes, zurück. Sie dienen als legitimatorischer Transmissionsriemen, der den Entscheidungen der gesetzesakzessorischen Verwaltung sachlich-inhaltliche Legitimation vermittelt.<sup>30</sup>

#### c) Entlastungsfunktion

Für die Verwaltung entfalten inhaltliche Gesetzesdirektiven aufgrund des skizzierten Zusammenhangs zum parlamentarischen Verfahren nicht nur eine Legitimations-, sondern zugleich eine entscheidende Entlastungsfunktion.<sup>31</sup> Seinen Ausdruck findet das zum einen darin, dass das Gesetz das Resultat eines innerparlamentarischen Abstimmungsprozesses verkörpert, in dem (Ziel-)Konflikte abgearbeitet und Regelungsalternativen erwogen werden (können). Was Gesetz wird, beruht so auf einer wertenden, politischen Entscheidung. Ist diese erst einmal in Gesetzesform gegossen, so ist ihr Inhalt der Administrative verbind-

<sup>27</sup> U. Scheunert, in: Festschrift für H. Huber, 1981, S. 127 (134); ebenso P. Badura, in: Vorträge gehalten anlässlich der Hessischen Hochschulwoche für Staatswissenschaftliche Fortbildung 68 (1970), S. 104 (104 und öfter).

<sup>28</sup> G. Krings, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 2 Rn. 35; F. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 22; siehe auch J. Singer, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 83: „politische Gestaltungsinstrumente“.

<sup>29</sup> Vgl. O. Lepsius, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 12 Rn. 3; F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 11; J. Singer, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 81 f.; beiläufig auch H. Wißmann, Generalklauseln, 2008, S. 147 f.

<sup>30</sup> Dazu, sowie zu den übrigen Formen demokratischer Legitimation, siehe E.-W. Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 14 ff.

<sup>31</sup> Dass die Bindung an Normen eine Entlastungsfunktion hat, weil sie den normgebundenen Stellen bestimmte Vorentscheidungen abnimmt und dadurch deren Entscheidungslast reduziert, hat zuerst die Systemtheorie erkannt, siehe etwa N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 9. Aufl. 2013, S. 131 f., 210; diese Erkenntnisse aus juristischer Perspektive aufgreifend D. Grimm, AöR 97 (1972), S. 489 (498); J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 56; siehe auch M. Reicherzer, Authentische Gesetzgebung, 2006, S. 7.

lich vorgegeben und von dieser daher (samt ihrer Folgen) nicht mehr zu verantworten. Soweit die gesetzliche Vorsteuerung reicht, nimmt das Gesetz der Verwaltung somit die Aufgabe ab, kollidierende Interessen oder gar Rechte einem angemessenen Ausgleich zuzuführen,<sup>32</sup> und befreit sie zugleich von dem politischen Druck,<sup>33</sup> der mit einer solchen Entscheidung einhergeht.

Entlastet wird die Verwaltung durch die materiell-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes zum anderen aber auch insofern, als das Gesetzgebungsverfahren – etwa über die Einbindung externen Sachverständigen, Begutachtungen durch den Wissenschaftlichen Dienst des Bundestags oder den Rückgriff auf die in der Ministerialverwaltung gespeicherte Expertise<sup>34</sup> – entscheidungsrelevante Wissensbestände verfügbar macht. Baut die gesetzgeberische Entscheidung auf diesen auf, sodass sich die Expertise in der Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung niederschlägt, so kann sich die Verwaltung auf deren Umsetzung beschränken.<sup>35</sup> Eigener fachwissenschaftlicher Erhebungen bedarf sie nicht. Der Verwaltung dient das Gesetz demnach zugleich als Informationsträger,<sup>36</sup> als Wissensspeicher und -vermittler, der eine dezentrale Wissensermittlung durch die Verwaltung selbst entbehrlich macht.

#### d) Begrenzungs- bzw. Abgrenzungsfunktion

Daneben erfüllen die materiell-rechtlichen Direktiven des einfachen Gesetzesrechts eine gleich dreifache Begrenzungs- bzw. Abgrenzungsfunktion: Sie stecken private Freiheitsräume gegeneinander ab, hegen Übergriffe des Staates in die gesellschaftliche Sphäre ein und vermessen implizit zugleich die Handlungsbereiche der drei staatlichen Gewalten.

<sup>32</sup> M. Reicherzer, *Authentische Gesetzgebung*, 2006, S. 7 sowie sogleich § 3 III 1 d.

<sup>33</sup> Siehe zu diesem Aspekt etwa G. Lübke-Wolff, NuR 1993, S. 217 (224) sowie *dies.*, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), *Reformperspektiven im Umweltrecht*, 1996, S. 97 (101 f.) am Beispiel des Umweltrechts; vgl. auch M. Reicherzer, *Authentische Gesetzgebung*, 2006, S. 7: „Ein Vorwurf, er [d. h. der Rechtsanwender, J.R.] habe [...] der Sache nach falsch entschieden, verfährt nicht.“

<sup>34</sup> Zu Formen der Wissensgenerierung im Gesetzgebungsverfahren siehe P. G. Overkamp, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 75 ff.; A. Voßkuhle, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR III*, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 3, 7, 14 f., 27 ff.; sowie ausführlich L. Münkler, *Expertokratie*, 2020, S. 542 ff.

<sup>35</sup> Angesichts der Tatsache, dass die Bindung des Gesetzes nicht unter einem „Richtigkeitsvorbehalt“ steht, tritt dieser Entlastungseffekt auch ein, wenn der Gesetzgeber sich nicht die Mühe macht, Wissen zu erheben, sondern schlicht eine uninformierte Entscheidung trifft. Für die Entlastung der Verwaltung entscheidend ist folglich allein die Reichweite der gesetzgeberischen Vorgaben.

<sup>36</sup> F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwRI*, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 2; G. F. Schuppert, in: ders./Voßkuhle (Hrsg.) *Governance von und durch Wissen*, 2008, S. 259 (277): „Recht ist [...] auch zu Normen geronnenes Regelungskwissen.“; vgl. zur Informationsleistung des Gesetzes auch J. Singer, *Rechtsklarheit und Dritte Gewalt*, 2010, S. 83 f.: „Gesetz [...] kommuniziert die Ergebnisse des politischen Prozesses“ sowie R. D. Cooter/M. D. Gilbert, *Public Law and Economics*, 2022, S. 528: „Law as Information“.



Was zunächst das Verhältnis der Bürger untereinander betrifft, so zeigt sich diese Abgrenzungsfunktion darin, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes überlappende (grundrechtliche) Freiheitsansprüche aufeinander abstimmen.<sup>37</sup> Innerhalb der durch die Grundrechte selbst gesetzten Grenzen treffen sie eine verlässliche und abschließende Zuordnung privater Handlungsfreiräume und wirken so auf eine konkretisierende Ausgestaltung der kollidierenden Grundrechte hin.<sup>38</sup>

Im Staat-Bürger-Verhältnis begründet und begrenzt das Gesetz hingegen den Bereich staatlichen Handelns und grenzt damit staatliche und gesellschaftliche Sphäre voneinander ab:<sup>39</sup> Vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts ermöglicht es erst das Gesetz dem Staat, sein Handeln in den Bereich bürgerlicher Freiheit zu erstrecken;<sup>40</sup> der Vorrang des Gesetzes bedingt, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes dem staatlichen Handeln dabei zugleich Grenzen ziehen.<sup>41</sup> In positiver wie in negativer Hinsicht<sup>42</sup> definiert das Gesetz damit staatliche Handlungsspielräume und konturiert so – gewissermaßen als Spiegelbild – den Raum verbleibender Freiheit.

Dass die materiell-rechtlichen Direktiven des Gesetzes schließlich auch eine kompetenzielle Abgrenzungsdimension aufweisen, ist angesichts dieser Überlegungen leicht zu erkennen. In Bereichen, in denen die Verwaltung grundsätzlich zum Handeln ermächtigt ist, entscheiden die materiell-rechtlichen Gesetzesvorgaben angesichts ihrer grenzziehenden Funktion zugleich darüber, welcher Spielraum der Administrative verbleibt. Da die gesetzlichen Vorgaben für die Verwaltung verbindlich sind, nimmt der Radius, der ihr für eine eigenständige Entscheidung verbleibt, in dem Maße ab, in dem der Gesetzgeber eine entsprechende Entscheidung bereits getroffen hat.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> Siehe zu dieser allgemeinen Funktion des Rechts *H. Steiner*, Funktionen und Strukturen des Bundespersonalvertretungsgesetzes, 2018, S. 37 f.

<sup>38</sup> *O. Lepsius*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 12 Rn. 10 f.; vgl. auch *W. Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (10): „kollisionsbewältigende Schrankensetzungen“; *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 320, 398: „Erkenntnis, daß Gesetzgebung auch Grundrechtskonkretisierung ist“; ferner *J. Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 415 sowie *M. Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 24 f. Ob diese Funktion tatsächlich als „Ausgestaltung“ der Grundrechte begriffen werden sollte, wird allerdings unterschiedlich bewertet, siehe dazu *C. Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 1 f. m. Nachw.

<sup>39</sup> *H. Wißmann*, Generalklauseln, 2008, S. 147: „[D]ie Gesamtkoordination zwischen gesellschaftlicher Freiheit und staatlicher Aktion ist in verfassungsrechtlicher Perspektive Aufgabe des Gesetzes“.

<sup>40</sup> Siehe dazu nur *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 75, 81 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022).

<sup>41</sup> *W. Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (38), siehe auch ebd., S. 40: „rechtsstaatliche Begrenzungsfunktion des Gesetzes“.

<sup>42</sup> *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 803, 805 unterscheidet insofern zwischen „positiver“ und „negativer Gesetzmäßigkeit“.

<sup>43</sup> Vgl. *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 397; im Hinblick auf die Probleme

e) *Kontrollfunktion*

Aus der Perspektive der Judikative korrespondiert dieser Begrenzungsfunktion materiell-rechtlicher Vorgaben deren Funktion als Maßstab rechtlicher Kontrolle.<sup>44</sup> Was der Verwaltung als kompetenzbegrenzende Handlungsnorm erscheint, stellt sich für die Gerichte als Kontrollnorm dar. Über die inhaltliche Definition erlaubter und verbotener Handlungen liefert das Gesetz Gerichten und Aufsichtsbehörden die normativen Prämissen, die es ermöglichen, das staatliche Verhalten, aber auch das Verhalten der Bürger als rechtmäßig oder rechtswidrig zu qualifizieren. Wo (klare) rechtliche Vorgaben fehlen, stößt die Rechtskontrolle hingegen an unüberwindbare Grenzen.<sup>45</sup> Als Maßstab gerichtlicher (oder auch behördlicher) Kontrolle tragen die materiell-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes folglich dazu bei, Rechtsschutz durch Gerichte oder Behörden erst möglich zu machen. Ihre Kontrollfunktion hat damit zugleich eine Rechtsschutzdimension.

f) *Orientierungsfunktion*

Aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger geht die Abgrenzungsleistung, die die materiell-rechtlichen Gesetzesvorgaben im Hinblick auf private Freiheits- und staatliche Kompetenzsphären erbringen, mit einem Gewinn an Erwartungsstabilität und Rechtssicherheit einher.<sup>46</sup> Indem das materielle Gesetzesrecht die Grenzen der jeweiligen Handlungsräume konkretisiert und erkennbar macht, erlaubt es Prognosen über das künftig zu erwartende Verhalten von Staat und Mitbürgern und ermöglicht den Einzelnen so, ihr Leben darauf einzustellen.<sup>47</sup>

---

rechtlicher Unbestimmtheit ebenso C. *Jebke*, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, 2005, S. 31: „kompetenzielle Qualität“.

<sup>44</sup> W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (38); J. *Singer*, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 81; siehe auch D. *Grimm*, KritV 1986, S. 38 (53); C. *Waldbhoff*, in: Kahl/Mager (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, 2019, S. 261 (263 f.); ausführlich und differenzierend K.-U. *Meyn*, Kontrolle als Verfassungsprinzip, 1982, S. 331 ff.; vgl. im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgrundsatz auch R. *Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 103 ff. sowie P. *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 400.

<sup>45</sup> W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (41 f.): „Die Grenzen des rechtlich Geregelt sind auch die Grenzen gerichtlicher Kontrolle“; W. *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 71; H. *Wißmann*, Generalklauseln, 2008, S. 318; deutlich auch BVerfGE 88, 40 (61): „Gerichtliche Kontrolle kann nicht stattfinden, soweit das materielle (Gesetzes- oder Richter-)Recht der Verwaltung [...] Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Vorgaben (Entscheidungsprogramme) zu enthalten.“

<sup>46</sup> J. *Singer*, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 80; zu diesem Zusammenhang auch W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (10).

<sup>47</sup> J. *Singer*, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 80; ebenso D. *Grimm*, KritV 1986, S. 38 (53); als allgemeine Funktion des Rechts wird die Sicherung von Erwartungsstabilität gefasst bei N. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 122 f.; ebenso auch H. *Steiner*, Funktionen und Strukturen des Bundespersonalvertretungsgesetzes, 2018, S. 38 f. – Im verfassungsrechtlichen Schrifttum wird der Aspekt der Vorhersehbarkeit staatlichen Verhaltens

Für sie entfalten die materiell-rechtlichen Direktiven damit eine Orientierungsfunktion.

g) *Gleichheitsfunktion*

Schließlich wohnt materiell-rechtlichen Vorgaben das Versprechen inne, gleichheitswidrigen oder gar willkürlichen Einzelfallentscheidungen vorzubeugen und auf diese Weise zu einem gleichheitsgerechten Verwaltungsvollzug beizutragen.<sup>48</sup> Die verfassungsgebote Allgemenheit parlamentsgesetzlicher Regelungen bedingt, dass die gesetzliche Vorprogrammierung der Verwaltungsentscheidung auf abstrakte Kategorisierungen zurückgreift, die stets das wesenhaft Gleiche der von ihr erfassten Sachverhalte hervorheben. Ihrer Funktion entsprechend ist die Perspektive der Verwaltung demgegenüber auf die Entscheidung von Einzelfällen ausgerichtet, die zunächst für sich stehen; das Allgemeine droht dabei in den Hintergrund zu treten.<sup>49</sup> Soweit die materiell-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes den Inhalt einer Verwaltungsentscheidung vorwegnehmen, wirken sie eben dieser Gefahr entgegen. Sie verhindern, dass die Verwaltung das Singuläre überbetont oder ihre Entscheidung gar auf sachfremde Erwägungen stützt.<sup>50</sup> Zugleich verhindern sie – was für die Gleichheitssiche-

---

meist dem Bestimmtheitsgrundsatz zugeschrieben, siehe BVerfGE 118, 168 (188); C. Jehke, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, 2005, S. 59f.; U. M. Gassner, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1994, S. 156ff.; B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 58 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); H.-J. Papier/J. Möller, AöR 122 (1997), S. 177 (179); aus strafrechtlicher Perspektive S. Erne, Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung, 2016, S. 68; kritisch zur Tendenz, die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns zum Maßstab der Bestimmtheit einer Norm zu machen, R. Geitmann, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 94ff. Die Bestimmtheit einer Norm gibt indes lediglich darüber Auskunft, wie gut es einer Norm gelingt, diese Orientierungsfunktion zu erfüllen; (mehr oder weniger) erfüllt wird sie indes vom (mehr oder weniger bestimmten) Gesetz selbst.

<sup>48</sup> H.-M. Pawlowski, Rechtstheorie 12 (1981), S. 9 (13); H. Schulze-Fielitz, in: Dreier/Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 71 (92f.); im Kontext der verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen an Gesetze ebenso R. Geitmann, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 93f. sowie H. Wißmann, Generalklauseln, 2008, S. 183; vgl. auch J. W. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 70f., der im Zusammenhang mit Generalklauseln – ihm zufolge „ein Stück offengelassener Gesetzgebung“ (ebd., S. 57, Hervorhebung im Original) – auf die Gefahr willkürlicher Entscheidungen hinweist. Kritisch hingegen A. Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989, S. 34, der meint, es bedürfe keines Gesetzes, um willkürliche Entscheidungen zu vermeiden, weil die Rechtsanwender auch ohne gesetzliche Vorgaben an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden seien.

<sup>49</sup> Mehr als eine theoretische Möglichkeit ist hiermit indes nicht beschrieben. Ob die beschriebene Gefahr tatsächlich besteht, ist nur empirisch zu klären.

<sup>50</sup> U. M. Gassner, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1994, S. 162; K. Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 122: „Willkürfreiheit durch [...] distanzerzeugende Allgemenheit“.

nung von kaum geringerer Bedeutung sein dürfte –, dass unterschiedliche staatliche Stellen gleichgelagerte Einzelfälle deshalb unterschiedlich entscheiden, weil über deren „richtige“ Lösung – etwa aufgrund fehlender wissenschaftlicher Erkenntnisse oder kontroverser ethischer Aspekte – kein Einvernehmen besteht.<sup>51</sup> Solange die Uneinigkeit fort dauert, legen die materiell-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes eine vorläufige Lösung verbindlich fest und hegen damit die Gefahr ein, dass die Administrative den Streit zu Lasten der Einheitlichkeit ihrer Entscheidungspraxis austrägt.

## 2. Funktionen materiell-rechtlicher Vorgaben im Verfassungsrecht

Verglichen mit der intensiv geführten Debatte über die Funktionen des einfachen Parlamentsgesetzes, scheint die Auseinandersetzung darüber, welche Aufgaben und Funktionen das Verfassungsrecht erfüllt, noch in den Kinderschuhen zu stecken.<sup>52</sup> Die vorgeschlagenen Funktionskataloge divergieren in Umfang und Inhalt<sup>53</sup> und bilden – so wird zuweilen beklagt – doch nur Steinchen in einem Mosaik,<sup>54</sup> das selbst für geübte Betrachter kein einheitliches Bild erkennen lässt.<sup>55</sup> Bestimmte Motive kehren dennoch immer wieder: Verfassungen erfüllen eine herrschaftsbegründende Funktion, insofern es ihnen darum geht, „legitimierte Herrschaftsträger erst zu schaffen und ihnen ihre Kompetenzen zuzuteilen“<sup>56</sup> (Konstitutionsfunktion).<sup>57</sup> Sie organisieren und gestalten die politische Grundordnung, indem sie Institutionen kreieren und deren Funktionswahrnehmung durch die Etablierung von Entscheidungsverfahren in rechtlich geordnete Bahnen lenken (Organisations- und Ordnungsfunktion).<sup>58</sup> Und auch

<sup>51</sup> H.-M. Pawlowski, *Rechtstheorie* 12 (1981), S. 9 (13 f.) spricht insofern von einer „Normativfunktion“ des Gesetzes.

<sup>52</sup> C. Waldhoff, *Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt*, 2016, S. 59.

<sup>53</sup> Vgl. etwa den exemplarischen Überblick bei G. F. Schuppert, *AöR* 120 (1995), S. 32 (50 f.); ders., *Staatswissenschaft*, 2003, S. 744 ff.; ferner P. Saladin, *AöR* 104 (1979), S. 345 (366), der einen „beträchtlichen Mangel an Konsens über Sinn und Funktion der Verfassung“ konstatiert.

<sup>54</sup> Zu diesem Bild H. Lang, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 3

<sup>55</sup> Vgl. etwa A. Voßkuhle, *AöR* 119 (1994), S. 35 (46) und P. Badura, in: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, S. 19 (32), nach denen die Funktionenvielfalt keinen „einheitlichen Leitgedanken“ erkennen lässt.

<sup>56</sup> D. Grimm, *AöR* 97 (1972), S. 489 (495).

<sup>57</sup> U. Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, S. 493; U. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, S. 63; C. Winterhoff, *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung*, 2007, S. 115; ausführlich, auch zu unterschiedlichen Interpretationen dieser Konstitutionsfunktion, A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 83 ff. sowie mit Blick auf das Grundgesetz ausführlich B. Straßburger, *Herrschaft als Auftrag*, 2022, S. 136 ff.

<sup>58</sup> P. Badura, in: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, S. 19 (33); O. Depenheuer, in: ders./Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 16 Rn. 12; H. Lang, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 16, 18 ff.; A. Peters, *Elemente einer Theorie der*

Verfassungsnormen wird zuweilen – dem einfachen Gesetz nicht unähnlich – eine Steuerungs- (dazu lit. a), Legitimations- (dazu lit. b) und Entlastungsfunktion (dazu lit. c) zugeschrieben sowie eine Begrenzungs- (dazu lit. d), Kontroll- (dazu lit. e) und Orientierungsfunktion (dazu lit. f) attestiert. Darüber hinaus erfüllen Verfassungen eine Leitbild- (dazu lit. g), Stabilisierungs- (dazu lit. h) und Integrationsfunktion (dazu lit. i).

Nicht alle dieser Funktionen erfüllt die Verfassung allerdings durch materiell-rechtliche Vorgaben. Insbesondere die Begründung und Gestaltung der politischen Grundordnung beruht weit überwiegend auf organisations- und verfahrensrechtlichen Verfassungsnormen. Die Konstitutionsfunktion von Verfassungen sowie deren Organisations- und Ordnungsfunktion können im Folgenden daher außen vor bleiben.<sup>59</sup>

#### a) Steuerungsfunktion

Dass auch im Hinblick auf das Verfassungsrecht nicht selten betont wird, es erfülle eine Steuerungsfunktion,<sup>60</sup> vermag bei genauer Betrachtung kaum darüber hinwegzutäuschen, dass sich dessen Steuerungsanspruch und -modus von demjenigen des einfachen Gesetzes unterscheidet. Seine erschwerte Änderbarkeit<sup>61</sup> und sein damit verbundener Anspruch, die normativen Grundentscheidungen der politischen Gemeinschaft auf Dauer zu stellen,<sup>62</sup> lässt das Verfassungsrecht jedenfalls als Instrument einer – notwendigerweise volatilen – gesellschaftlichen Feinsteuerung ausscheiden. Seine Steuerungsfunktion entfaltet das materielle Verfassungsrecht stattdessen in erster Linie, indem es in Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträgen grundlegende politische Gestaltungsentscheidungen vorformuliert.<sup>63</sup> Aufgrund ihres Abstraktionsgrads

---

Verfassung Europas, 2001, S. 79; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III 3; *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 62.

<sup>59</sup> Siehe zu diesen die Nachweise in den vorstehenden Fn. 57 und 58.

<sup>60</sup> *K. Harms*, in: Hesse/Schuppert/Harms (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, 1999, S. 55 (55 ff.); *P. Kirchhof*, in: Hesse/Schuppert/Harms (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, 1999, S. 31; *H.-P. Schneider*, in: Bernhardt/Beyerlin (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum Öffentlichen Recht und Völkerrecht, 1982, S. 23 (42): „Instrumente politischer Verhaltenssteuerung“; andeutungsweise auch *M. Möstl*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 17 Rn. 21; siehe ferner *J. Bühler*, Das Integrative der Verfassung, 2011, S. 78, der die Steuerungsfunktion in einer Überschrift nennt, dann aber keine weiteren Ausführungen zu ihr macht.

<sup>61</sup> *G. Roellecke*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 13 Rn. 35 ff., 71; *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 12.

<sup>62</sup> Dazu noch unten § 3 III 2 h).

<sup>63</sup> Vgl. *P. Badura*, in: Festschrift für U. Scheuner, 1973, S. 19 (33): „Die Verfassung ist aber auch ein Plan, der Aufgaben normiert, ein Versuch der Bestimmung der politischen Zukunft durch Leitgedanken und Richtlinien für den politischen Prozess“. Wie der Blick auf Vor-

sind diese Vorentscheidungen durchweg auf eine Konkretisierung (durch Gesetz) angewiesen. In weiten Teilen erschöpft sich der durch das materielle Verfassungsrecht erhobene Steuerungsanspruch demnach in Richtungsvorgaben und Leitplanken; sein Modus ist meist der einer indirekten Steuerung, die auf politische (Aus-)Gestaltung angewiesen ist und ihr weiten Spielraum lässt.<sup>64</sup>

### b) Legitimationsfunktion

Ungeachtet der Tatsache, dass Verfassungen demnach keinen umfassenden und konkreten gesellschaftlichen Entwicklungsplan normieren, so erhebt das Verfassungsrecht doch insbesondere in seinen materiellen Bestimmungen den Anspruch, grundlegende gesellschaftliche Gerechtigkeitsüberzeugungen zu verkörpern.<sup>65</sup> Die Legitimationsfunktion der Verfassung findet hierin ihre Grundlage: Indem die Verfassung alle staatlichen Stellen auf sich verpflichtet und damit zugleich zur Einhaltung der in ihr enthaltenen Gerechtigkeitsgrundsätze anhält, gewährleistet sie, dass die Ausübung der verfassungsrechtlich konstituierten Herrschaftsgewalt auch von Seiten der Bürger Anerkennung verdient.<sup>66</sup> Nicht nur dem in Einklang mit der Verfassung erlassenen Recht, sondern einem jeden verfassungsgemäßen Staatshandeln verleiht die Übereinstimmung mit der Verfassung demnach Legitimität.<sup>67</sup>

schriften wie Art. 22 Abs. 2 GG („Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold.“) oder Art. 48 Abs. 1 GG („Wer sich um einen Sitz im Bundestage bewirbt, hat Anspruch auf den zur Vorbereitung seiner Wahl erforderlichen Urlaub.“) oder die konkreten organisatorischen Bestimmungen, etwa zum Gesetzgebungsverfahren, zeigt, bestätigen Ausnahmen freilich auch insofern die Regel.

<sup>64</sup> So ausdrücklich *A. Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 81; *H.-P. Schneider*, in: *Bernhardt/Beyerlin* (Hrsg.), *Deutsche Landesreferate zum Öffentlichen Recht und Völkerrecht*, 1982, S. 23 (42f.); siehe auch *U. Scheuner*, in: *Festschrift für H. Huber*, 1981, S. 127 (140) sowie *P. Badura*, in: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, S. 19 (24), der für das Grundgesetz von „notwendigerweise auf Richtlinien beschränkten, rechtlichen Direktiven und Programmen“ spricht. Namentlich *Gunnar Folke Schuppert* hat angesichts dessen vorgeschlagen, die Steuerungsfunktion des Verfassungsrechts (hauptsächlich) darin zu erblicken, dass die Verfassung Organe und Kompetenzen sowie Organisations- und Verfahrensregeln bereitstellt, die unter anderem einen politischen Prozess gewährleisten, in dem die demnach erforderliche Konkretisierung erfolgt, siehe *G.F. Schuppert*, *AöR* 120 (1995), S. 32 (60ff.); ebenso *U. Volkmann*, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, S. 69; deutlich auch *C. Waldhoff*, *Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt*, 2016, S. 76f.: „Die Verfassung legt Politikziele [...] nicht fest, sondern ermöglicht Politik“.

<sup>65</sup> *H. Lang*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 17; *U. Volkmann*, *VVDStRL* 67 (2008), S. 57 (74); *ders.*, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, S. 41 ff.

<sup>66</sup> *U. Volkmann*, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, S. 43 f.

<sup>67</sup> *O. Depenheuer*, in: *ders./Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 16 Rn. 11: „Verfassungen legitimieren Herrschaft.“; *H. Lang*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 1, 7ff.; *A. Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 82; zur Vermittlung der Legitimität des Gesetzes auch *P. Badura*, in: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, S. 19 (34); vgl. ferner *M. Morlok/L. Michael*, *Staatsorganisationsrecht*,

## c) Entlastungsfunktion

Aus der Perspektive der politischen Institutionen erfüllt die Verfassung zudem eine Entlastungsfunktion.<sup>68</sup> Sie trifft grundlegende Vorentscheidungen über normative Prinzipien und Verfahren, deren Verbindlichkeit den politischen Prozess von der Aufgabe entbindet, auch in diesen Grundsatzfragen eine Einigung herbeizuführen.<sup>69</sup> Die Verständigung über verfassungsrechtlich radizierte Prinzipien ist der Alltagspolitik folglich abgenommen; eine Entscheidung über sie ist ihnen nicht mehr auf-, sondern vorgegeben.<sup>70</sup> „[D]ie Festlegung bestimmter Prinzipien und Verfahren“, so resümiert *Heinrich Lang* diesen systemtheoretisch inspirierten Gedanken, „entzieht die Verfassung diese generell den alltäglichen politischen Debatten und ermöglicht so eine Konzentration auf weniger grundsätzliche Entscheidungen“.<sup>71</sup>

## d) Begrenzungsfunktion

Die liberale Staatstheorie erkennt die Kernaufgabe der Verfassung demgegenüber in deren Funktion, die staatliche Herrschaftsgewalt zu begrenzen und auf diese Weise die Rechte des Einzelnen zu bewahren.<sup>72</sup> Indem sie die staatliche Gewalt zwischen unterschiedlichen Organen teilt, deren Kompetenzen klar begrenzt und ihr Handeln an bestimmte Formen und Verfahren bindet, domestiziert die Verfassung die staatliche Gewalt zugunsten individueller Freiheit.<sup>73</sup> Auf Seiten des materiellen Verfassungsrechts sind es vor allem die Grundrechte, die zu dieser Begrenzungsfunktion beitragen.<sup>74</sup> Sie ziehen der Ausübung staat-

---

4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 35 ff. Dass die Verfassung Legitimation nicht nur über ihre materiellen Gehalte, sondern gerade auch durch die durch sie institutionalisierten Verfahren vermittelt, betont zu Recht *U. Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 494 f.

<sup>68</sup> Zu dieser Entlastungsfunktion etwa *D. Grimm*, AöR 97 (1972), S. 489 (498); *H. Lang*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 27.

<sup>69</sup> Anders als das einfache Gesetz, das die rechtsanwendenden Behörden auch von der Aufgabe eigenständiger Wissensgenerierung entbinden kann, beschränkt sich die Entlastungsfunktion der Verfassung darauf, der Politik normative Grundlagenentscheidungen abzunehmen.

<sup>70</sup> *O. Depenheuer*, in: *ders./Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 16 Rn. 13; *D. Grimm*, AöR 97 (1972), S. 489 (498).

<sup>71</sup> *H. Lang*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 27.

<sup>72</sup> *P. Badura*, in: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, S. 19 (22); *O. Depenheuer*, in: *ders./Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 16 Rn. 4; *A. Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 78; *K. Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III. 7., insbes. S. 93; *B. Straßburger*, *Herrschaft als Auftrag*, 2022, S. 136 f.; *M. Möstl*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 17 Rn. 20; *C. Waldhoff*, *Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt*, 2016, S. 62.

<sup>73</sup> *C. Winterhoff*, *Verfassung – Verfassunggebung – Verfassungsänderung*, 2007, S. 117; zum Aspekt der Gewaltenteilung auch *B. Grzeszick*, *Die Teilung der staatlichen Gewalt*, 2013, S. 20.

<sup>74</sup> *K. Loewenstein*, *Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2000, S. 333 ff.; *C. Waldhoff*, *Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt*, 2016, S. 63.

licher Kompetenzen inhaltliche Schranken. Dass die Grundrechte jedoch mehr leisten, als das liberale Paradigma der Grundrechte als Abwehrrechte<sup>75</sup> zu erkennen gibt, ist heute weitgehend anerkannt. Als Teilhabe- und Leistungsrechte gewähren sie individuelle Freiheit auch da, wo Freiheit staatliche Ermöglichung oder Förderung voraussetzt und sich nicht schon gewissermaßen natürlich einstellt, sobald der Staat nur von Übergriffen absieht. Die These von der Begrenzungsfunktion der Verfassung bringt die ihr zugrundeliegende Erkenntnis, dass Verfassungen nicht nur als politische Herrschafts-, sondern zugleich als individuelle Freiheitsordnung fungieren,<sup>76</sup> demnach nur unvollkommen zum Ausdruck. Denn gehört es zu den Aufgaben moderner Verfassungen, individuelle Freiheit und Selbstbestimmung gleichermaßen „zu gewähren und zu schützen“<sup>77</sup>, so stellt sich die Begrenzung staatlicher Herrschaftsgewalt lediglich als Teilaspekt einer übergreifenden Freiheitsfunktion von Verfassungen dar.

#### e) Kontrollfunktion

Niederschlag findet die für moderne Verfassungen prägende Intention, nicht nur Herrschafts-, sondern auch Freiheitsordnung zu sein, auch in der Kontrollfunktion der Verfassung. In ihr formuliert sich die an die Verfassung gerichtete Erwartung, den politischen Machtprozess nicht nur rechtlich zu ordnen,<sup>78</sup> sondern ihn zu kontrollieren.<sup>79</sup> Doch während das einfache Gesetz diese Kontrollfunktion gerade dadurch erfüllt, dass es materielle Handlungsmaßstäbe etabliert, die als Kontrollnormen zugleich den Prüfungsmaßstab der Gerichte bilden, wird die Kontrollfunktion der Verfassung überwiegend auf deren organisations- und verfahrensrechtliche Bestimmungen zurückgeführt. Den Grundsätzen der Gewaltenteilung und der Einrichtung verschiedener Inter- und Intra-Organ-Kontrollen<sup>80</sup> wird für die Kontrollfunktion der Verfassung demnach größere Bedeutung zugemessen als den materiellen Kontrollmaßstäben,<sup>81</sup> die die Verfassung – vor allem in Gestalt des Grundrechtskatalogs – aber

<sup>75</sup> Zu diesem *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003 sowie *B. Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 218 ff.

<sup>76</sup> *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III 8: „unzertrennliche Gehalte“; *C. Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007, S. 118.

<sup>77</sup> *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (56).

<sup>78</sup> Zu dieser Ordnungsfunktion bereits oben § 3 III 2 mit Fn. 58.

<sup>79</sup> *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III 7; *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (46); ausführlich *K. Loewenstein*, Verfassungslehre, 4. Aufl. 2000, S. 127 ff.; kritisch zum Postulat einer eigenständigen Kontrollfunktion der Verfassung hingegen *W. Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 41.

<sup>80</sup> *K. Loewenstein*, Verfassungslehre, 4. Aufl. 2000, S. 167 ff., 188 ff., 232 ff., 266 ff.

<sup>81</sup> So etwa bei *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III 7; ebenso auch *K. Loewenstein*, Verfassungslehre, 4. Aufl. 2000, der die Kontrollfunktion organisatorischer Aspekte ausführlich (ebd., S. 167–322) behandelt, die Kontroll-



ebenfalls bereithält. Diese Kontrollfunktion des materiellen Verfassungsrechts zu leugnen, wäre aber sicher falsch. Zwar trägt die beinahe unvermeidliche Offenheit materiell-rechtlicher Verfassungsbestimmungen dazu bei, dass die in ihnen zum Ausdruck kommenden Grenzen nur selten präzise beschrieben sind.<sup>82</sup> Doch will man die umfangreiche Grundrechtsjudikatur von Verwaltungs- und Verfassungsgerichten nicht als lange Reihe politischer Entscheidungen abtun, führt an dem Befund, dass das Verfassungsrecht Kontrolle auch durch die Bereitstellung materiell-rechtlicher Maßstäbe gewährleistet, kein Weg vorbei. Dass diese auf (justizielle) Konkretisierung angewiesen sind, mag nahelegen, sie als unvollständig zu begreifen oder ihren Kontrollmodus – entsprechend den obigen Überlegungen zur Steuerung durch Verfassungsrecht<sup>83</sup> – als indirekt zu beschreiben. Doch ihre Kontrollfunktion büßen sie erst dort ein, wo eine Konkretisierung die funktionell-rechtlichen Grenzen der Rechtsprechung überschritte.

#### f) Orientierungsfunktion

Meist eher beiläufige Erwähnung findet, dass Verfassungen auch eine Orientierungsfunktion erfüllen: Sofern sie die Herrschaftsausübung organisieren, rechtlich ordnen, inhaltlich steuern und begrenzen, gebührt ihnen das Verdienst, das staatliche Handeln berechenbar(er) werden zu lassen.<sup>84</sup> Die materiell-rechtlichen Verfassungsvorgaben leisten zu dieser Art der Erwartungsstabilisierung allerdings nur einen eingeschränkten Beitrag. Sofern sie der gesetzgeberischen Ausgestaltung oder der Konkretisierung durch die Rechtsprechung noch bedürfen, ist ihr normativer Gehalt mit Unsicherheiten behaftet, die auch die auf ihrer Grundlage gebildeten Prognosen über das staatliche Verhalten in-

---

funktion der Grundrechte („vertikale Kontrollen der politischen Macht“) hingegen nur knapp (ebd., S. 334) anführt; den Überhang der Kontrolle durch Gewaltenteilung bemerkend auch *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (54); siehe aber auch *W. Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 52f. und *H. Lang*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 24f., der auch auf die Grundrechte verweist; knapp und ohne expliziten Bezug auf das materielle Verfassungsrecht *D. Grimm*, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 11 (15): Die Verfassung diene als „Beurteilungsmaßstab für Politik“.

<sup>82</sup> Vgl. zu Sprache und Stil der Verfassung nur *W. Graf Vitzthum*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 10 Rn. 15. Dass auch das materielle Verfassungsrecht durchaus konkrete Bestimmungen enthält, zeigt etwa Art. 48 Abs. 3 S. 2 GG, der allen Abgeordneten „das Recht der freien Benutzung aller staatlichen Verkehrsmittel“ gewährt.

<sup>83</sup> Oben § 3 III 2 a).

<sup>84</sup> Der Aspekt der Berechenbarkeit wird etwa angesprochen bei *O. Depenheuer*, in: ders./Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 16 Rn. 23; *H. Lang*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 22; *C. Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007, S. 117; *M. Morlok/L. Michael*, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 21; in eine ähnliche Richtung wohl auch *J. Lege*, DVBl. 2007, S. 1053 (1058, 1061), der die Gewährleistung von Klarheit und Transparenz im politischen Prozess zu den Funktionen der Verfassung zählt.

fizieren. Sofern der Gesetzgeber sie hingegen bereits konkretisiert hat, dürfte die Orientierungsfunktion des ausgestaltenden Gesetzes diejenige der Verfassung überlagern. Die bereits von Steuerungs- und Kontrollfunktion bekannten Vorbehalte wiederholen sich so auch hier: Die Offenheit, die gerade viele materiell-rechtliche Verfassungsdirektiven prägt, schränkt deren Eignung als konkrete Orientierungspunkte für die eigene Lebensführung ein.<sup>85</sup>

### g) Leitbildfunktion

Im Grundsätzlichen, der Entscheidung über Werte und Gerechtigkeitsgrundsätze, entfaltet die Verfassung dessen ungeachtet eine „orientierende Kraft für das gesellschaftliche Zusammenleben insgesamt“.<sup>86</sup> Gerade die materiellen Aussagen und Prinzipien der Verfassung dienen als normatives Leitbild, das über den Kernbereich der Staatsorganisation hinaus in die gesamte unterverfassungsrechtliche Rechtsordnung ausstrahlt und auf diese Weise nahezu alle Bereiche der Gesellschaft prägt.<sup>87</sup> Für das Grundgesetz findet diese Leitbildfunktion etwa in der – wenngleich nicht unbestrittenen – Deutung der Grundrechte als „objektive Wertordnung“<sup>88</sup> seinen Ausdruck,<sup>89</sup> aber auch dort, wo die Verfassung explizit auf genuin gesellschaftliche Bereiche ausgreift – wie etwa im Sozialstaatsprinzip oder dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen durch Art. 20a GG – wird diese Funktion erkennbar.<sup>90</sup> Nicht nur für den Staat, sondern für das gesamte Gemeinwesen bestimmt die Verfassung demnach die grundlegende normative Ausrichtung.

### h) Stabilisierungsfunktion

Verfassungen halten gerade diese richtungsweisenden materiellen Grundaussagen „auf Dauer präsent“.<sup>91</sup> Sie erheben den Anspruch, die „im geschichtlichen Entwicklungsprozeß geronnenen [...] Grunderkenntnisse[...] und Überzeugun-

<sup>85</sup> Ein Gegenbeispiel dürfte Art. 102 GG bilden. Mit der Todesstrafe muss demnach in Deutschland niemand rechnen.

<sup>86</sup> U. Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 59

<sup>87</sup> H. Lang, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 13, 17; siehe auch K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III 10; D. Grimm, AöR 97 (1972), S. 489 (500): „Sie [d.h. die Verfassung] hat nicht nur Staats-, sondern auch Sozialordnung zu sein.“; siehe auch H. Hofmann, JöR 51 (2003), S. 1 (12) unter Berufung auf Hegel: „Die Verfassung durchdringt alles“; U. Volkmann, VVDStRL 67 (2008), S. 57 (66); gegen eine solche Leitbildfunktion aber C. Waldhoff, Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt, 2016, S. 64.

<sup>88</sup> Grundlegend zu Grundrechten als objektive Werteordnung BVerfGE 7, 198 (205 f.); siehe ferner T. Rensmann, Wertordnung und Verfassung, 2007, insbes. S. 43 ff.

<sup>89</sup> H. Lang, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 12 f.; siehe auch P. Badura, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 159 Rn. 6.

<sup>90</sup> Vgl. M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 49, 58 f.

<sup>91</sup> Zitat bei M. Morlok/L. Michael, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 26; zur

gen<sup>92</sup> durch deren verfassungsrechtliche Verankerung gegen die Dynamik von Zeitgeist und Mehrheitswillen zu immunisieren und deren Fortbestand über Jahre, Dekaden, ja Generationen hinweg zu gewährleisten.<sup>93</sup> Nicht nur den Grundzügen der staatlichen Organisation, sondern vor allem den grundlegenden Wertentscheidungen einer politischen Gemeinschaft verleihen Verfassungen folglich Kontinuität.<sup>94</sup>

Zu den Techniken, auf die sie zur Erfüllung dieser Stabilisierungs- und Verstetigungsfunktion zurückgreifen, zählen – neben der entwicklungs offenen Formulierung der verfassungsrechtlichen Prinzipien selbst<sup>95</sup> – in erster Linie erhöhte Anforderungen an Konsens und Verfahren des verfassungsändernden Gesetzgebers.<sup>96</sup> Wenngleich es demnach auch die materiellen Verfassungsbestimmungen sind, die durch die Verfassung auf Dauer gestellt werden, so sind es doch vor allem die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, durch die die Verfassung diese Funktion erfüllt. Das materielle Verfassungsrecht trägt zur Stabilisierungsfunktion der Verfassung hingegen nur insofern bei, als es bestimmte Kernprinzipien der Verfassung vollständig gegen Änderungen abschirmt. Die in der sog. Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG enthaltenen Änderungsverbote verleihen ihr für das Grundgesetz Ausdruck.<sup>97</sup>

### i) Integrationsfunktion

Entsprechend des im Rahmen der Legitimationsfunktion bereits thematisierten Anspruchs der Verfassung, grundlegende gesellschaftliche Gerechtigkeitsüberzeugungen zu verkörpern, wird der Verfassung schließlich auch eine einheitsstiftende Funktion beigemessen.<sup>98</sup> Mit den Grundprinzipien, die gerade in ma-

---

geringeren Bedeutung organisations- und verfahrensrechtlicher Bestimmungen für die Stabilisierungsfunktion *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (52f.).

<sup>92</sup> *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (53).

<sup>93</sup> *D. Grimm*, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 399 (430): „Funktion der generationsübergreifenden Stabilisierung eines historisch gefundenen Grundkonsenses“; *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (52f.); siehe auch *P. Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 10.

<sup>94</sup> Vgl. *H. Lang*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 27: „stabilisierende Funktion“; *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 82; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III 4; *C. Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007, S. 121: „Verstetigung des Staates und seiner politischen Entwicklung“; ebenso *P. Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 3, 10; aus politiktheoretischer Perspektive ausführlich zu dieser Stabilisierungsfunktion *G. Uhl*, Die Stabilisierungsfunktion der Verfassung im politischen Prozess, 2011; siehe auch *J. Lege*, DVBl. 2007, S. 1053 (1058, 1061): „Dauerhaftigkeit“ und „Konstanz“.

<sup>95</sup> *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (47, 53).

<sup>96</sup> *D. Grimm*, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 399 (430).

<sup>97</sup> Vgl. *P. Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 46.

<sup>98</sup> Allgemein zu dieser Integrationsfunktion der Verfassung *O. Depenheuer*, in: ders./Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 16 Rn. 43 ff.; *A. Peters*, Elemente einer Theorie

teriellen Verfassungsbestimmungen, wie den Staatszielen oder den Grundrechten,<sup>99</sup> zum Ausdruck kommen, soll und will die Verfassung einen „letzten Fluchtpunkt verbliebener Gemeinsamkeiten“<sup>100</sup> bieten – ein normatives Credo, mit dem sich alle Bürger auch und gerade unter Bedingungen gesellschaftlicher Pluralisierung identifizieren können.<sup>101</sup> Erfüllt die Verfassung diese Integrationsfunktion, so fungiert sie als „Grundlage eines übergreifenden Konsenses, der die Bürger über ihre unterschiedlichen Auffassungen zu einzelnen Sachfragen hinweg verbindet“.<sup>102</sup>

### 3. Zusammenführung

Schon im Lichte dieses kursorischen Panoramas der Gesetzes- und Verfassungsfunktionen werden zwei Dinge deutlich: Erstens zeigt es, dass sich die Funktionserwartungen an materielle Direktiven im Verfassungs- und im einfachen Gesetzesrecht in weiten Teilen überschneiden. Erstaunlich ist das freilich nicht, denn beide partizipieren an den Funktionen, denen das Recht allgemein zu dienen verspricht. Bedeutsamer – auch im Hinblick auf den Fortgang der Untersuchung – ist daher zweitens, dass sich Verfassungs- und Gesetzesfunktionen trotz aller Überschneidungen nicht völlig decken und sich im Detail selbst dort unterscheiden, wo Verfassungs- und einfaches Gesetzesrecht übereinstimmende Zwecke verfolgen. Wenngleich so etwa beide zu Steuerung, Entlastung, Begrenzung, Kontrolle und Orientierung beizutragen versprechen, so

---

der Verfassung Europas, 2001, S. 85 ff.; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III 6; *C. Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007, S. 118; ausführlich *J. Bühler*, Das Integrative der Verfassung, 2011. Ihre gedanklichen Wurzeln hat diese Integrationsfunktion bekanntlich in der Weimarer Verfassungstheorie *Rudolf Smends*, die neben der Integration über gemeinsame Werte – *Smend* spricht von sachlicher Integration – darauf hinweist, dass die Integrationsleistung der Verfassung unter anderem auch darauf beruht, dass sie die Teilnahme der Bürger an verfassungsrechtlich institutionalisierten Praktiken und Verfahren, wie Wahlen und Abstimmungen, ermöglicht, siehe *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 32 ff., 45 ff. Unter dem Grundgesetz hat die Integrationsfunktion der Verfassung unter dem auf *Dolf Sternberger* zurückgehenden und von *Jürgen Habermas* popularisierten Stichwort „Verfassungspatriotismus“ eine prominente theoretische Aktualisierung erfahren, siehe dazu *J.-W. Müller*, Verfassungspatriotismus, 2010.

<sup>99</sup> Speziell zur Integrationswirkung der Grundrechte *J. Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 356.

<sup>100</sup> *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 51.

<sup>101</sup> Diese Integrationsfunktion klingt auch an, wenn *J. Rawls*, Political Liberalism, 2005 die (verfassungsrechtliche) Grundstruktur einer Gemeinschaft an einer politischen Gerechtigkeitskonzeption auszurichten vorschlägt, die eine „social unity founded on an overlapping consensus“ (ebd., S. 145) verspricht.

<sup>102</sup> *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 52; ebenso *H. Lang*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 266 Rn. 34; vgl. ferner *J. Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 356 f.

führt die unvermeidliche Offenheit materiell-rechtlicher Verfassungsbestimmungen doch dazu, dass die Erwartungen an die Erfüllung dieser Funktionen im Hinblick auf Verfassungsbestimmungen allgemein niedriger liegen als in Bezug auf das einfache Gesetzesrecht. Und auch wenn beiden eine Legitimations- und eine Kontrollfunktion zugeschrieben wird, unterscheiden sich Verfassungs- und Gesetzesrecht in der Art und Weise, den damit verbundenen Ansprüchen gerecht zu werden, doch grundlegend.<sup>103</sup>

Nicht nur bei der Beantwortung der Frage, welche Defizitlagen kompensatorische Verfahrensanforderungen im Verwaltungs- und Verfassungsrecht auszugleichen beanspruchen und inwieweit sich diese tatsächlich als defizitär erweisen, sind diese Unterschiede im Blick zu behalten. Auch bei der Entscheidung darüber, wie plausibel es ist, im Verwaltungs- und Verfassungsrecht mit ähnlichen Verfahrensinstrumenten auf Schwächen des materiellen Rechts zu reagieren, sind diese Differenzen zu berücksichtigen. Dass Verwaltungs- und Verfassungsrecht aber eben dies tun, belegen die folgenden beiden Abschnitte (IV. und V.). Sie zeigen, dass prozedurale Kompensation im Verfassungs- und Verwaltungsrecht auf einen gemeinsamen Instrumentenkasten zurückgreift.

#### IV. Typen kompensatorischer Verfahrenselemente im Verwaltungsverfahren

Doch welche Verfahrenselemente sind es überhaupt, von denen sich Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Wissenschaft einen Ausgleich materiell-rechtlicher Defizite versprechen? Für das Verwaltungsrecht zeigt die Analyse einiger ausgewählter Teilgebiete (dazu 1.), dass der Kanon der Bausteine, denen das Verwaltungsverfahren seinen kompensatorischen Effekt verdankt, vielstimmig ist. Neben administrativen Konzeptpflichten (dazu 2.), abwägungstypischen Ermittlungs- und Bewertungspflichten (dazu 3.) und partizipativen Verfahrenselementen (dazu 4.) wird auch Dokumentations- und Begründungspflichten (dazu 5.) sowie Benachrichtigungs- (dazu 6.) und Beobachtungs- und Überprüfungspflichten (dazu 7.) eine Ausgleichswirkung zugeschrieben. Auf welche spezifische Weise diese Verfahrensbausteine auf die Defizite materiell-rechtlicher Direktiven reagieren, in welchen Anwendungssituationen sie ihren jeweiligen Platz haben und wie sie zusammenwirken, gilt es im Folgenden zu analysieren.

---

<sup>103</sup> Siehe dazu oben § 3 III 1 b) und e), 2 b) und e): Legitimation durch Rückbindung an den Parlamentsbeschluss vs. Legitimation unter Rückbindung an gesellschaftliche Gerechtigkeitsüberzeugungen; Kontrolle durch Statuierung klarer Handlungsgrenzen vs. Kontrolle durch organisations- und verfahrensrechtliche Bestimmungen.

### 1. Zu Auswahl und Eigenheiten der Referenzgebiete

Die schiere Masse verwaltungsrechtlicher Teilgebiete und Verfahren zwingt auch im Hinblick auf das Vorhaben, kompensatorische Verfahrenselemente im Verwaltungsrecht zu identifizieren, zur Beschränkung. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich daher auf eine exemplarische Auswahl verwaltungsrechtlicher Verfahren: Aus dem öffentlichen Wirtschaftsrecht nehmen sie das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, das Verfahren für die Erteilung personenbezogంటörderungsrechtlicher Konzessionen sowie das Verfahren der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung in den Blick. Aus dem Polizei- und Sicherheitsrecht dient vor allem die polizeiliche Straftatvorsorge als Anschauungsmaterial, gelegentlich erweitert um einen Blick auf das benachbarte Recht der Nachrichtendienste. Und aus dem Umweltrecht ziehen sie das immissionsschutzrechtliche Anlagenzulassungsverfahren sowie das Verfahren zur Erteilung gentechnikrechtlicher Freisetzungs- und Inverkehrbringensgenehmigungen heran. Aus dem Gesundheitsrecht analysieren sie schließlich die prozeduralen Rahmenbedingungen der Bewilligung von medizinischen Behandlungsleistungen.

Ohne Zweifel ist diese Auswahl weder zwingend noch erschöpfend. Dass sich mit ihr dennoch die Hoffnung verbindet, ein repräsentatives Bild verwaltungsrechtlicher Verfahrenskompensationen entwerfen zu können, hat drei Gründe: Erstens deckt sie ein verhältnismäßig breites Spektrum verwaltungsrechtlicher Teilgebiete ab, das neben Bereichen der Eingriffsverwaltung auch solche des Leistungsverwaltungsrechts einschließt. Zweitens erfasst es damit zugleich unterschiedliche verwaltungsrechtliche Verfahrenstypen. Mehr oder weniger klassische Anlagenzulassungsverfahren<sup>104</sup> und Verfahren zur Kontrolle privater Freiheitsbetätigungen<sup>105</sup> finden sich in ihr ebenso wie (sozialrechtliche) Leistungsverfahren<sup>106</sup> oder neuere Verteilungs-<sup>107</sup> und Risikoverfahren<sup>108, 109</sup>. Und da der administrativen Einzelfallentscheidung in einigen dieser Gebiete – etwa

<sup>104</sup> Von diesen wird hier das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG sowie den Vorschriften der 9. BImSchV behandelt.

<sup>105</sup> Zu diesen zählt das Verfahren der Konzessionsvergabe nach dem PBefG.

<sup>106</sup> Insofern wird das Verfahren über die krankenversicherungsrechtliche Bewilligung von Heilbehandlungsleistungen betrachtet.

<sup>107</sup> Als Beispiele für Verteilungsverfahren dienen hier das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge sowie die Konzessionsvergabe nach dem PBefG in Knappheitssituationen; zu deren Charakter als Verteilungsverfahren *A. Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 277 (293); *F. Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, 2010, S. 21, 23.

<sup>108</sup> Zu den Risikoverfahren zählt das Genehmigungsverfahren für Freisetzungen gentechnisch veränderter Organismen nach dem GenTG, siehe nur *U. Di Fabio*, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, S. 136.

<sup>109</sup> Zu diesen klassischen und neuen Verfahrenstypen siehe *A. Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 277 (286 ff., 290 ff.).

im Personenbeförderungs-, Immissionsschutz- und Gesundheitsrecht – eine Zwischenstufe exekutiver Normkonkretisierung vorangeht, erlaubt die Auswahl der Referenzbereiche auch einen Blick auf Normsetzungsverfahren (i. w. S.) der Verwaltung. Drittens enthält sie schließlich Rechtsgebiete, deren materielle Entscheidungsgrundlagen aus unterschiedlichen Gründen gesetzlich nur schwach determiniert sind. So stößt der Versuch einer detailscharfen gesetzlichen Regelung im öffentlichen Wirtschaftsrecht vor allem deshalb an Grenzen, weil jedenfalls die hier analysierten Teilbereiche eine ausgeprägte Kontextabhängigkeit kennzeichnet. Sie reagieren auf Sachlagen, deren konkrete Ausprägungen sich im Einzelfall stark unterscheiden und die angesichts dieser (potentiellen) Vielgestaltigkeit zu stark abstrahierenden Regelungen zwingen.<sup>110</sup> Die materiellen Vorgaben des Vergaberechts etwa erschöpfen sich schon deshalb in den ausfüllungsbedürftigen Grundsätzen der Eignung<sup>111</sup> und Wirtschaftlichkeit<sup>112</sup>, weil die Beschaffungsbedürfnisse der öffentlichen Hand divers<sup>113</sup> und vor der Einholung von Angeboten auch die Bedingungen, zu denen eine Beschaffung möglich erscheint, völlig unklar sind.<sup>114</sup> Gerade im Recht der Telekommunikationsregulierung erfährt diese Vielgestaltigkeit des Sachbereichs noch dadurch eine Steigerung, dass die regulierten Telekommunikationsmärkte sich stetig wandeln, weil Fortschritte in der technischen Entwicklung und das Akteursverhalten am Markt auf diesen selbst zurückwirken.<sup>115</sup> Neben Dynamik und Heterogenität des Regelungsbereichs trägt zudem auch die Pluralität rechtlicher Zielvorgaben dazu bei, dass die behandelten Teilbereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts in hohem Maße von situativen Faktoren abhängig sind. Wo das Recht keine strenge Zielhierarchie etabliert, müssen gegenläu-

<sup>110</sup> Allgemein zu diesem Zusammenhang *H. Hill*, in: Ellwein/Hesse, Staatswissenschaften, 1990, S. 55 (60f.); *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 231.

<sup>111</sup> § 122 GWB.

<sup>112</sup> § 127 GWB.

<sup>113</sup> *H. Kaelble*, Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, 2008, S. 169; *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 536f. Das Vergaberecht schränkt den Gegenstand der Beschaffung nicht ein, sondern betrifft nur die Frage, von wem beschafft wird, siehe *M. Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 127 GWB Rn. 26.

<sup>114</sup> *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 244f. für die Höhe des Preises.

<sup>115</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 34ff., insbes. 37f.; *J. Lüdemann*, in: ders. (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, 2008, S. 69 (70); *J. Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 134; *H.-H. Trute*, in: Festschrift für W. Brohm, 2002, S. 169 (172, 188); vgl. ferner *R. Broemel*, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 139 (139f., 142f.); *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 197f.; *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 27, 120f. (unter Betonung des korrespondierenden Wissensproblems).

fige Ziele im Einzelfall zum Ausgleich gebracht werden.<sup>116</sup> Für das Regulierungsrecht ist diese Schwierigkeit seit langem bekannt;<sup>117</sup> aber auch für das Personenbeförderungsrecht, das einen bunten Strauß öffentlicher Verkehrsinteressen verfolgt,<sup>118</sup> und das Vergaberecht, das ursprünglich „vergabefremde“ Ziele, wie Umweltschutz oder Sozialstandards, inzwischen auch offiziell zu berücksichtigen erlaubt,<sup>119</sup> macht sie Öffnungen der materiellen Gesetzesdirektiven unvermeidbar.

Im Polizeirecht geht die Rücknahme materiell-rechtlicher Steuerungsintensität demgegenüber auf den Einfluss des Vorsorgegedankens zurück.<sup>120</sup> Mit dem Erstarken von Terrorismus und organisierter Kriminalität, der Ausdifferenzierung der Verbrechensbegehung durch Entwicklungen im Bereich der (Kommunikations-)Technik und der zunehmenden Internationalisierung krimineller Strukturen hat die Aufgabe der Sicherheitsgewährleistung eine Komplexität gewonnen, die das klassische Polizeirecht überfordert.<sup>121</sup> Wo gefahrenträchtige Kausalverläufe zu komplex sind, um aufgrund von Alltags- oder polizeilichem Erfahrungswissen vorhersehbar zu sein, droht ein Polizeirecht, das die konkrete Gefahr zur maßgeblichen Eingriffsvoraussetzung macht, ineffektiv zu werden.<sup>122</sup> Das Polizeirecht hat daher in den letzten Jahren Züge angenommen, die eher aus dem Bereich des Risikoverwaltungs- und Sicherheitsrechts bekannt

<sup>116</sup> H. Schulze-Fielitz, DÖV 1988, S. 758 (766).

<sup>117</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 20, 21 ff.; J. Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 135 f.; vgl. auch C. Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 212 f.; H.-H. Trute, in: Festschrift für W. Brohm, 2002, S. 169 (173); ders., in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 857 (858 f.).

<sup>118</sup> Siehe § 13 Abs. 2 Nr. 3 PBefG. Neben den dort exemplarisch benannten Interessen umfasst der Begriff der öffentlichen Verkehrsinteressen zahlreiche weitere Belange, zu denen „auch Allgemeinwohlinteressen [zählen], die vom ÖPNV in besonderer Weise berührt werden, wie diejenigen des Gesundheitsschutzes oder der Bewirtschaftung knapper Ressourcen (Straßenraum, Energie, Umwelt-Belastbarkeit)“, siehe C. Heinze, in: ders./Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 6 sowie Rn. 2.

<sup>119</sup> Siehe §§ 97 Abs. 3, 127 Abs. 1 S. 4, Abs. 3, 128 Abs. 2 GWB (eingeführt durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts v. 17.2.2016, BGBl. I v. 23.2.2016, S. 203) und dazu C. Krönke, NVwZ 2016, S. 568 (573 f.); zur Entwicklung M. Burgi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 7 Rn. 9 ff.; vgl. ferner B. Grzeszick, DÖV 2003, S. 649.

<sup>120</sup> T. Barczak, Der nervöse Staat, 2020, S. 549; R. Poscher, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (348 ff.); andeutungsweise auch H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (418 f.); siehe ferner D. Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, S. 183; allgemein zu dieser „Entwicklung von der Gefahrenabwehr hin zur Gefahrenvorsorge“ auch F. Schoch, Der Staat 43 (2004), S. 347 (350 ff.), Zitat auf S. 350) sowie knapp M. Kniesel, Kriminalitätsbekämpfung durch Polizeirecht, 2022, S. 102 f.

<sup>121</sup> Zu diesen tatsächlichen Hintergründen der Entwicklung u. a. I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 64 ff.; R. Poscher, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (347); H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (404); ausführlich M. Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 35 ff.

<sup>122</sup> Vgl. F. Schoch, Der Staat 43 (2004), S. 347 (349 f.).



sind:<sup>123</sup> Vor allem durch Maßnahmen der Informationsvorsorge reagiert es auf mögliche Gefahren, bevor sie entstehen.<sup>124</sup> Geradezu zwangsläufig gewinnen die gesetzlichen Direktiven mit diesem „Abschied von der konkreten Gefahr“<sup>125</sup> eine dem Polizeirecht bislang unbekannte Offenheit. Für polizeiliche Maßnahmen müssen nun rein personale Risikoprognosen oder bereits Situationen genügen, deren Gefährlichkeit ungewiss, diffus oder allenfalls statistisch begründet ist und die schon deshalb gesetzlich kaum klar zu umreißen sind.<sup>126</sup> Die eingrenzende Verantwortungszurechnung über den Störerbegriff gelingt nicht mehr, weil in Ermangelung einer konkreten Gefahr völlig unklar ist, was der in die Pflicht Genommene verursacht haben soll.<sup>127</sup> Und angesichts der ungewissen, aber potentiell katastrophischen Dimension des zu befürchtenden Schadens verliert schließlich auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seine eingrenzende Funktion.<sup>128</sup> Vorfeldbefugnissen mangelt es damit an „festen rechtlichen Konturen“,<sup>129</sup> und der Vorsorgegedanke hat für das Polizeirecht einen entgrenzenden Effekt.<sup>130</sup>

<sup>123</sup> R. Pitschas, DÖV 2002, S. 221 (224) und H. Schulze-Fielitz, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (414): Wandel zum Risikoverwaltungsrecht.

<sup>124</sup> Siehe dazu I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 92 ff.; F. Schoch, Der Staat 43 (2004), S. 347 (360): Aktivitäten „zielen auf die Generierung umfassender Information“; für das Risikorecht entsprechend B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 68: „Risikorechtliche Maßnahmen zielen [...] auf ungewissheitsreduzierende Wissensgenerierung“. Dass sich das vorsorgeorientierte Polizeirecht nicht auf Maßnahmen der Informationsvorsorge beschränkt, zeigt sich etwa an der Möglichkeit, nach § 18 PolG BW zur Straftatverhinderung örtliche Alkoholverbote zu erlassen, sowie an den Befugnissen nach §§ 30, 31 PolG BW (Platzverweis, Aufenthaltsverbot, Wohnungsverweis, Rückkehrverbot, Annäherungsverbot, Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverbot).

<sup>125</sup> O. Müller, StV 1995, S. 602 (602).

<sup>126</sup> Vgl. F. Schoch, Der Staat 43 (2004), S. 347 (354): „Verzicht auf klar umrissene Handlungssituationen“.

<sup>127</sup> T. Barczak, Der nervöse Staat, 2020, S. 552; I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 221; R. Poscher, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (348 f.); F. Schoch, Der Staat 43 (2004), S. 347 (354 f.); H. Schulze-Fielitz, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (414); sowie H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (410 f.).

<sup>128</sup> I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 230 f.; R. Poscher, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (349); H. Schulze-Fielitz, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (410); H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (408 ff.); differenzierend M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 235 ff.

<sup>129</sup> R. Pitschas, DÖV 2002, S. 221 (223); in diese Richtung auch H. Schulze-Fielitz, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (413) sowie F. Schoch, Der Staat 43 (2004), S. 347 (360): „rechtsstaatliche Konturen [...] gehen zumindest teilweise verloren“.

<sup>130</sup> Von einer „Entgrenzung“ spricht etwa H.-H. Trute, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501 (502, 522); eingehend dazu T. Barczak, Der nervöse Staat, 2020, S. 548 ff.: „Entindividualisierung der Prognose“ (S. 548), „Entkonkretisierung des Eingriffsanlasses“ (S. 551), „Entdifferenzierung und Entrelationierung der Verantwortlichkeit“ (S. 553).

Das Umweltrecht teilt dieses Schicksal. Angesichts der Bedeutung der natürlichen Lebensgrundlagen für den Fortbestand menschlichen Lebens ergänzt das Vorsorgeprinzip die gefahrenabwehrrechtlichen Züge des Umweltrechts schon seit langem. Die daraus erwachsene Aufgabe, drohenden Gefahren bereits vor ihrer Konkretisierung zu begegnen, erschwert es auch im Umweltbereich, Verantwortung in klar umrissenen Kausalzusammenhängen individualisiert zuzurechnen.<sup>131</sup> Die Schwäche des materiellen Rechts zeigt sich im Umweltrecht so unter anderem darin, dass „Einstandspflichten immer abstrakter werden“.<sup>132</sup> Ihren Grund findet die reduzierte Regelungsdichte des materiellen Umweltrechts allerdings nicht allein im Vorsorgegedanken, sondern darin, dass die Regelungsentscheidungen des Umweltrechts vielfach, ja überwiegend unter Bedingungen der Ungewissheit erfolgen.<sup>133</sup> Verlässliche Erkenntnisse über naturwissenschaftlich-technische Wirkungszusammenhänge fehlen oft, und die Dynamik der technischen und wissenschaftlichen Entwicklung lässt die verfügbaren Wissensbestände schnell altern.<sup>134</sup> Um auf derart unsicherer, instabiler Grundlage nicht Entscheidungen in Gesetzesform zu versteinern, deren Grundannahmen sich *ex post* als unrichtig erweisen, eröffnet das materielle Recht Spielräume, die es den Rechtsanwendern erlauben (und es ihnen zugleich abverlangen), das zunächst vage gesetzliche (Rahmen-)Programm im Lichte aktueller Erkenntnisse zu konkretisieren.<sup>135</sup> Bei dieser Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben lassen sich zudem auch situative Besonderheiten des jeweiligen Anwendungsfalls berücksichtigen. Die Offenheit der Vorgaben des materiellen Umweltrechts rührt somit zugleich aus den Schwierigkeiten her, denen der Versuch, das öffentliche Interesse in abstrakt-genereller, aber dennoch eindeutiger Weise zu formulieren, gerade im Bereich der natürlichen Lebensgrundlagen begegnet. Zu diesen Schwierigkeiten zählt es, dass die nachteiligen Auswirkungen umweltrelevanter Maßnahmen „räumlich und zeitlich in unterschiedlichsten Abstufungen“<sup>136</sup> auftreten; sie changieren zwischen kurzfristig zu beobachten-

<sup>131</sup> R. Wolf, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 57 (72); vgl. auch R. Wahl/I. Appel, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (29).

<sup>132</sup> I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 51.

<sup>133</sup> E. Hagenab, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 13, 38; allgemein zu diesen Wissensproblemen im Umweltrecht R. Wahl/I. Appel, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (4f., 6ff.); über das Umweltrecht hinaus B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 17ff., 25.

<sup>134</sup> I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 47f.; R. Wolf, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 57 (90).

<sup>135</sup> I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 164; für Generalklauseln wird dieser Zusammenhang häufig betont, vgl. insbesondere H. Schulze-Fielitz, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 139 (177ff.) sowie ferner S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen, 2013, S. 14f.; J. Rauber, AöR 143 (2018), S. 67 (86); H. Wißmann, Generalklauseln, 2008, S. 307.

<sup>136</sup> I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 49.

den Schäden im überschaubaren Nahbereich und ungewissen, oft grenzüberschreitenden Fernwirkungen für künftige Generationen.<sup>137</sup> Die Interessen an Nutzung, Verbrauch und Erhalt von Umweltgütern sind ebenfalls divers.<sup>138</sup> Und angesichts der Vielgestaltigkeit des Regelungsbereichs<sup>139</sup> entziehen sich beide – Folgen wie Interessen – einer einzelfallübergreifenden Typisierung.<sup>140</sup> Die hochkomplexen Abwägungsprozesse, die dies erforderlich macht, lassen sich auf Ebene des Gesetzes deshalb nicht zufriedenstellend bewältigen. Um unsachgemäße Verallgemeinerungen zu vermeiden, zieht sich das materielle Umweltrecht folglich auf konkretisierungsbedürftige Rahmenvorgaben zurück.

Im sozialrechtlichen Referenzgebiet, der krankenversicherungsrechtlichen Bewilligung von Heilbehandlungsleistungen, führen schließlich vor allem die hohe Dynamik und ausgeprägte Variabilität des geregelten Sachbereichs dazu, dass die materiellen Gesetzesvorgaben davon Abstand nehmen, eindeutige und abschließende Vollzugsprogramme zu definieren.<sup>141</sup> Die ständig voranschreitende Entwicklung von Medikamenten und Behandlungsmethoden und die fortlaufende Aktualisierung medizinischer und gesundheitswissenschaftlicher Erkenntnisse stehen im Gesundheitsrecht der Trägheit parlamentarischer Gesetzgebung gegenüber. Eine gesetzliche Bestimmung von Heilbehandlungsmethoden liefe daher Gefahr, Standards festzuschreiben, die schon nach kurzer Zeit hinter dem Stand von Wissenschaft und Technik zurückblieben. Zudem drohte sie zu übersehen, dass Krankheitsbehandlungen von vielfältigen Faktoren abhängen, die mit Konstitution und Bedürfnissen des individuellen Patienten in Verbindung stehen (etwa Alter, Vorerkrankungen, Unverträglichkeiten etc.) und die zudem in unterschiedlichsten Kombinationen auftreten können. Für eine vom Einzelfall abstrahierende Fallgruppenbildung, wie sie für abstrakt-generelle Gesetzesregelungen unverzichtbar ist, eignet sich das Gesundheitsrecht daher schlecht.

---

<sup>137</sup> Vgl. O. *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 264 (267). Dass auch die räumlichen und zeitlichen Fernwirkungen zu berücksichtigen sind, geht dabei ebenfalls auf das Vorsorgeprinzip zurück, siehe E. *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 24; M. *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 40 ff. sowie R. *Wolf*, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 57 (72) im Hinblick auf die räumliche Dimension. In der umweltrechtlichen Diskussion werden diese (räumlichen) Fernwirkungen oftmals als sog. Distanzschäden bezeichnet.

<sup>138</sup> I. *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 49.

<sup>139</sup> E. *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 13: „heterogene Sachverhalte“; B. *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 75 spricht für das Risikorecht allgemein von einer „im Realbereich vorzufindenden Relativität und Wandelbarkeit der Verhältnisse“.

<sup>140</sup> Vgl. I. *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 168.

<sup>141</sup> Insbes. zum Faktor der Dynamik T. *Kingreen*, MedR 2017, S. 8 (12); ferner H. *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, S. 758 (764 f.); tendenziell anders C. *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 215: „Komplexität und Ungewissheit“.

## 2. Administrative Konzepte und Konzeptpflichten

Zu den zentralen Kompensationsstrategien, mit denen das Verwaltungsrecht diesen unterschiedlichen Schwächen des materiellen Rechts begegnet, zählt der Einsatz administrativer Konzepte. Nicht nur im öffentlichen Wirtschaftsrecht sind sie verbreitet (dazu lit. b), auch im Polizei- (dazu lit. c) und Umweltrecht (dazu lit. d) finden sie regelmäßig Verwendung. Und auch der hier behandelte Sektor des Gesundheitsrechts setzt gelegentlich auf sie (dazu lit. e). Doch was überhaupt kennzeichnet ein administratives Konzept?

### a) Begriff

Mit dem Begriff des administrativen Konzepts beschreibt die Verwaltungswissenschaft ein Handlungsinstrument, mit dem die Verwaltung offene gesetzliche Vorgaben einzelfallübergreifend und systematisch konkretisiert.<sup>142</sup> Meist basierend auf einer umfassenden Bestandsaufnahme des betroffenen Sachbereichs<sup>143</sup> definieren administrative Konzepte Entscheidungskriterien und Handlungsmaßstäbe,<sup>144</sup> und sie bestimmen und koordinieren die Maßnahmen, mit denen die Verwaltung vage gesetzliche (Final-)Programme umzusetzen plant.<sup>145</sup> Ihre Funktion wird angesichts dessen darin gesehen, den fehlenden Steuerungs- und Kontrollgehalt ausgedünnter materiell-rechtlicher Direktiven auszugleichen,<sup>146</sup> auf diese Weise Willkür zu vermeiden, Gleichbehandlung zu

---

<sup>142</sup> Prägnant *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 199; ebenso *K. Herzmann*, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 (433); siehe auch *W. Hoffmann-Riem/A. Pilniok*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), *GVwRI*, 3. Aufl. 2022, § 12 Rn. 114f.; *H. C. Röhl*, in: *Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *GVwRII*, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 37; *T. Rottenwallner*, *VR* 2014, S. 109 (118); *F. Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, 2010, S. 537; ferner *J. Aulebner*, in: *Haratsch u. a.* (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, 1996, S. 195 (203). Ähnlich auch *M. Bäcker*, *Kriminalpräventionsrecht*, 2015, S. 293f., der den Begriff des Konzepts allerdings bislang zu Recht für „wenig trennscharf“ hält. Wie unten noch zu zeigen sein wird, sind rechtliche Konzepte nicht auf den Bereich des Verwaltungsrechts beschränkt, siehe zu gesetzgeberischen Konzeptpflichten unten § 3 V 1.

<sup>143</sup> *K. Herzmann*, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 (434); *A. Müller*, *Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln*, 1992, S. 89ff.; *T. Rottenwallner*, *VR* 2014, S. 109 (114); siehe auch *H. Hill*, in: *Ellwein/Hesse*, *Staatswissenschaften*, 1990, S. 55 (65): „umfassende und komplexitätsabbildende Aufbereitung von Informationen“.

<sup>144</sup> *H. C. Röhl*, in: *Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *GVwRII*, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 37.

<sup>145</sup> *H. Hill*, in: *Ellwein/Hesse*, *Staatswissenschaften*, 1990, S. 55 (64f.); im Kontext des ressourcenbezogenen Umweltrechts auch *I. Appel*, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, 2005, S. 361ff.; knapp auch *H. C. Röhl*, in: *Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *GVwRII*, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 44.

<sup>146</sup> *K. Herzmann*, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 (434); ähnlich *J. Krüper*, *ZfWG* 2016, S. 390 (395): „sinnvolle gerichtliche Kontrolle [...] zu ermöglichen“ und *B. Wollenschläger*, *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009, S. 202.

gewährleisten<sup>147</sup> sowie staatliches Handeln vorhersehbar zu machen<sup>148</sup> und zu begrenzen<sup>149</sup>. Vergleicht man diesen Funktionskatalog mit den oben skizzierten Aufgaben materiell-rechtlicher Gesetzesbestimmungen,<sup>150</sup> so wird deutlich: Der Anspruch, die Schwächen des materiellen Gesetzesrechts zu kompensieren, scheint administrativen Konzepten wesensmäßig eingeschrieben zu sein.<sup>151</sup> Dass es sich dabei um eine Form *prozeduraler* Kompensation handeln soll,<sup>152</sup> mag auf den ersten Blick irritieren. Schließlich formulieren Konzepte zur Konkretisierung des materiellen Gesetzesrechts ihrerseits materielle Maßstäbe und Kriterien. Doch ungeachtet ihres materiellen Inhalts und ihrer auf das materielle Recht bezogenen Funktion stellt der Akt der Aufstellung eines Konzepts einen Verfahrensschritt auf dem Weg zur individuellen Verwaltungsentscheidung dar.<sup>153</sup> Nicht die in Konzepten enthaltenen Direktiven selbst, aber die zur Konzeptbildung verpflichtenden Normen sind daher dem Verfahrensrecht zuzuordnen.<sup>154</sup> Reagiert das Recht auf Offenheiten des materiellen Rechts, indem es

<sup>147</sup> Deutlich *H. Hill*, in: Ellwein/Hesse, Staatswissenschaften, 1990, S. 55 (65): „Das Konzept sichert die Einheitlichkeit, Gleichmäßigkeit, Abgestimmtheit [...] des Vorgehens.“; *M. Martini*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRII, 3. Aufl. 2022, § 33 Rn. 58; ebenso *K. Herzmann*, VerwArch 104 (2013), S. 429 (438); *R. Broemel*, JZ 2014, S. 286 (293): „Diskriminierungsfreiheit“; *A. Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 127; siehe auch *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (250); ähnlich *T. Ellerbrok*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwRIII, 2022, § 76 Rn. 41: „Kohärenz“.

<sup>148</sup> *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 254; *R. Broemel*, JZ 2014, S. 286 (293); *J. Junk*, Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England, 2012, S. 195: „Erwartungssicherheit“; *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 198, 202: „Berechenbarkeit“.

<sup>149</sup> *M. Eifert*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (318, 319); *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (249).

<sup>150</sup> Oben § 3 III 1.

<sup>151</sup> Die kompensatorische Funktion von Konzepten wird durchweg betont, siehe etwa *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (250); *K. Herzmann*, VerwArch 104 (2013), S. 429 (434); *J. Junk*, Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England, 2012, S. 195; *A. Patz*, Staatliche Aufsicht über Finanzinstrumente, 2016, S. 376; *H. C. Röhl*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwRII, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 37; *T. Rottenwallner*, VR 2014, S. 109 (109); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 197 f.; *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 537; in der Sache auch *W. Hoffmann-Riem/A. Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 12 Rn. 114 f.; siehe auch *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 253 f.: „Surrogat für eine umfassende gesetzliche Programmierung der administrativen Entscheidungsfindung“.

<sup>152</sup> Vergleichbare Wertung wie hier etwa bei *J. Junk*, Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England, 2012, S. 194: „überwiegend verfahrensorientiert“.

<sup>153</sup> Zuzugeben bleibt freilich, dass das lediglich für die erste der Verwaltungsentscheidungen gilt, für die das entsprechende Konzept Geltung beansprucht. Ist das Konzept einmal aufgestellt, muss die Verwaltung diesen Verfahrensschritt bei künftigen Entscheidungen nicht wiederholen. Vielmehr ist die Konzeptpflicht erfüllt und die materiell-rechtliche Offenheit insoweit beseitigt, wie der Regelungsgehalt des Konzepts reicht. Ein auszugleichendes Defizit besteht in den folgenden Verwaltungsentscheidungen dann aber auch nicht mehr.

<sup>154</sup> Vgl. zur entsprechenden Differenzierung zwischen Konzepten und Konzeptpflichten auch *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 6. Kap. Rn. 98 f.

die Verwaltung verpflichtet, sich selbst an ergänzende und allgemein verbindliche Maßstäbe zu binden, so setzt es daher eine Verfahrenspflicht an die Stelle materiell-rechtlicher Vorgaben.

In formaler Hinsicht lassen sich Konzepte als Form administrativer Selbstprogrammierung qualifizieren.<sup>155</sup> Ihre Inhalte werden der zur Entscheidung berufenen Verwaltungseinheit dabei vielfach nicht von einer übergeordneten Behörde vorgegeben, sondern nach verbreiteter Vorstellung typischerweise von ihr selbst entwickelt.<sup>156</sup> Wie die sogleich noch erörterten Beispiele zeigen werden, kennt das Verwaltungsrecht indes auch Konzepte, die der entscheidenden Behörde hierarchisch vorgegeben werden.<sup>157</sup> Nicht immer bedeutet administrative Selbstprogrammierung demnach behördliche Selbstprogrammierung. Die damit bereits anklingende Vielfalt der Erscheinungsformen, in denen administrative Konzepte auftreten,<sup>158</sup> macht generalisierte Feststellungen zu deren Rechtsnatur schwierig.<sup>159</sup> Zwar stellt etwa § 17 Abs. 1 TKG ausdrücklich klar, dass Konzepte (auch) in Form von Verwaltungsvorschriften ergehen können. Dass sie das auch jenseits der Marktregulierung stets tun, ist damit indes nicht gesagt.<sup>160</sup>

Es liegt in der Konsequenz ihrer variierenden Rechtsnatur, dass sich auch die Rechtswirkungen administrativer Konzepte nicht einheitlich bestimmen lassen.<sup>161</sup> Wo sie nicht bereits kraft Rechtsform verbindlich sind und ihnen auch

<sup>155</sup> *J. Aulehner*, in: Haratsch u. a. (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, 1996, S. 195 (203); *ders.*, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1998, S. 529; *M. Eifert*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (317, 328 in Fn. 186): „Eigenprogrammierung“; *H. C. Röhl*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 44; *T. Rottenwallner*, VR 2014, S. 109 (109); *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 6. Kap. Rn. 98: „Eigensteuerung“. Es erstaunt daher, dass Konzepte in den Referaten zu „Selbstbindungen der Verwaltung“ auf der Staatsrechtslehrertagung 1981 (*D. H. Scheuing*, *W. Hoffmann-Riem* und *B. Raschauer*, VVDStRL 40 [1981], S. 153 ff., 187 ff., 240 ff.) nicht explizit diskutiert wurden und nur in der Diskussion beiläufige Erwähnung fanden, siehe *D. Wilke*, ebd., S. 302 (303).

<sup>156</sup> *K. Herzmann*, VerwArch 104 (2013), S. 429 (440). Siehe auch *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 199, der meint, als derart autonome Programmsetzungen ließen sich Konzepte nicht als Verwaltungsvorschriften qualifizieren; ebenso wohl auch *H. C. Röhl*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 44.

<sup>157</sup> Siehe auch *T. Rottenwallner*, VR 2014, S. 109 (114).

<sup>158</sup> Ein Überblick bei *T. Rottenwallner*, VR 2014, S. 109 (111 ff.).

<sup>159</sup> *K. Herzmann*, VerwArch 104 (2013), S. 429 (446); vgl. auch *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 293, nach dem Konzepte „in einer Vielfalt von Rechts- und Handlungsformen [...] ergehen können“; *H. Hill*, in: Ellwein/Hesse, Staatswissenschaften, 1990, S. 55 (64); *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 6. Kap. Rn. 99; *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 541. Deutlich wird diese Schwierigkeit auch in der Qualifikation von Konzepten als Pläne „sui generis“ bei *A. Müller*, Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln, 1992, S. 255 f.

<sup>160</sup> In der Tendenz für eine entsprechende Verallgemeinerung aber wohl *T. Rottenwallner*, VR 2014, S. 109 (110 f.); für eine Qualifikation von Konzepten als Verwaltungsvorschriften auch *M. Eifert*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (319).

<sup>161</sup> *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 547. Im Ergebnis stellt der Begriff des

keine gesetzliche Geltungsanordnung zur Seite steht,<sup>162</sup> entfalten sie ihre – oft eher faktische als rechtliche<sup>163</sup> – Autorität allein im verwaltungsinternen Bereich; rechtliche Außenwirkung kommt ihnen dann nur vermittelt über Art. 3 Abs. 1 GG und die Grundsätze der Selbstbindung der Verwaltung zu.<sup>164</sup> In gesonderten Konstellationen wirken Konzepte jedoch als normkonkretisierende oder -vertretende Verwaltungsvorschriften unmittelbar über den verwaltungsinternen Bereich hinaus.<sup>165</sup> Selbst dann allerdings markiert deren „sachliche Autorität“ Grund und Grenzen ihrer Verbindlichkeit. Erweist sich die sachliche Grundlage eines Konzepts – etwa die in ihm aufgearbeitete polizeiliche Lagebeurteilung oder der in ihm zugrunde gelegte Stand von Wissenschaft und Technik – als überholt, so büßt sie ihre Bindungswirkung ein.<sup>166</sup> Positiv gewendet kombiniert die Selbststeuerung durch Konzepte damit die (erwartungs-)stabilisierende Wirkung untergesetzlicher Normkonkretisierung mit den Vorteilen dynamischer und flexibler Anpassung an veränderliche Bedingungen.<sup>167</sup>

### b) Öffentliches Wirtschaftsrecht

Im öffentlichen Wirtschaftsrecht begegnen administrative Konzepte und Konzeptpflichten unter anderem im Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe (dazu lit. aa), im telekommunikationsrechtlichen Marktregulierungsverfahren (dazu lit. bb) und im Verfahren zur Erteilung von Personenbeförderungsgenehmigungen (dazu lit. cc). In all diesen Bereichen wird ihnen eine Ausgleichsfunktion für die geringe Direktionskraft der materiell-gesetzlichen Vorgaben zugeschrieben.

#### aa) Vergabe öffentlicher Aufträge

Das materielle Vergaberecht konturiert – ober- wie unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte – vor allem drei Entscheidungen nur schwach: Erstens trifft es keine Entscheidung darüber, welche Gegenstände, in welcher Menge

---

Konzepts daher weniger eine dogmatische Kategorie als vielmehr einen beschreibenden Sammelbegriff mit vorwiegend heuristischem Wert dar.

<sup>162</sup> Im Lichte der unten § 3 IV 2 e) noch anzustellenden Überlegungen dürfte etwa § 91 Abs. 6 SGB V eine solche Geltungsanordnung darstellen.

<sup>163</sup> K. Herzmann, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 (439); T. Rottenwallner, *VR* 2014, S. 109 (119).

<sup>164</sup> J. Junk, *Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England*, 2012, S. 195; B. Wollenschläger, *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009, S. 199; T. Rottenwallner, *VR* 2014, S. 109 (120).

<sup>165</sup> Siehe dazu T. Rottenwallner, *VR* 2014, S. 109 (120) sowie die umweltrechtlichen Beispiele (TAs) unten § 3 IV 2 d).

<sup>166</sup> B. Wollenschläger, *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009, S. 199f.; K. Herzmann, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 (442); T. Rottenwallner, *VR* 2014, S. 109 (118).

<sup>167</sup> Vgl. H. C. Röhl, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwRII*, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 44; zur Flexibilität von Konzepten H. Hill, in: Ellwein/Hesse, *Staatswissenschaften*, 1990, S. 55 (65).

und Qualität beschafft werden dürfen oder müssen, sondern beschränkt sich auf die Frage, bei wem die Beschaffung erfolgt.<sup>168</sup> Im Hinblick auf die damit angesprochene Anbieterauswahl enthält das Vergaberecht zweitens ebenfalls nur vage Vorgaben. Vergeben werden darf ein Auftrag nur an „geeignete“, also „fachkundige und leistungsfähige Unternehmen“.<sup>169</sup> Welches von mehreren geeigneten Unternehmen den Zuschlag erhält, macht das Vergaberecht schließlich drittens davon abhängig, wer das „wirtschaftlichste Angebot“ unterbreitet.<sup>170</sup>

In Reaktion auf diesen gleich mehrfachen Konkretisierungsbedarf setzt das Vergaberecht in allen drei Fällen auf Konzeptpflichten: Es verpflichtet die Vergabestelle erstens dazu, die zu beschaffende Leistung auf Grundlage einer Ermittlung aller Umstände, die deren Preis und Ausführung beeinflussen können,<sup>171</sup> „so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können“.<sup>172</sup> Zweitens ist der öffentliche Auftraggeber nach § 122 Abs. 2 S. 1 GWB gehalten, (Sub-)Kriterien zur Beurteilung der Eignung von Bewerbern festzulegen und auf diese Weise die Merkmale der Fachkunde und Leistungsfähigkeit auftragsgegenstandsbezogen zu konkretisieren.<sup>173</sup> Und schließlich verlangt ihm das Vergaberecht drittens eine Konzeptbildung auch im Hinblick auf die Zuschlagskriterien ab: In Konkretisierung der gesetzlichen Festlegung auf das „wirtschaftlichste Angebot“ und das „beste Preis-Leistungs-Verhältnis“ hat die Vergabestelle nicht nur die maßgeblichen Vergabekriterien, sondern auch deren Gewichtung vorab festzulegen.<sup>174</sup>

Die (vermeintliche) Schwäche, auf die diese Konzeptpflichten reagieren, erschöpft sich dabei nicht in der Tatsache, dass es sich bei den Kriterien der „Eignung“ und „Wirtschaftlichkeit“ um unbestimmte, in hohem Maße konkretisierungsbedürftige Rechtsbegriffe handelt. Vielmehr erweist sich die materiell-rechtliche Direktionskraft auch deshalb als schwach, weil der Verwaltung im Hinblick auf Auswahl und Anwendung der Eignungs- und Zuschlagskriterien Entscheidungsspielräume zustehen, die die gerichtliche Kontrolle beschränken.<sup>175</sup> Im Schrifttum wird die Funktion der dreigliedrigen „Konzeptphase“

<sup>168</sup> Siehe nur *O. Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 5; *M. Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 127 GWB Rn. 26; *T. Publ*, VVD-StRL 60 (2001), S. 456 (491 f.).

<sup>169</sup> § 122 Abs. 1 GWB; für den Unterschwellenbereich § 31 Abs. 1 UVgO.

<sup>170</sup> § 127 Abs. 1 S. 1 GWB; für den Unterschwellenbereich § 43 Abs. 1 UVgO.

<sup>171</sup> Siehe § 7 Abs. 1 Nrn. 1, 6 VOB/A.

<sup>172</sup> § 121 Abs. 1 S. 1 GWB; sehr ähnlich auch § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A; für den Unterschwellenbereich § 23 Abs. 1 S. 1 UVgO.

<sup>173</sup> Siehe für den Unterschwellenbereich § 31 Abs. 2 S. 1, 33 Abs. 1 UVgO.

<sup>174</sup> § 127 Abs. 5 GWB; § 58 Abs. 3 VgV; § 43 Abs. 6 UVgO.

<sup>175</sup> Dass die gerichtliche Prüflichte insofern zurückgenommen ist, entspricht der wohl einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, siehe nur *M. Opitz*, in: Burgi/



denn auch darin gesehen, „Entscheidungsspielräume der Verwaltung prozedural zu kompensieren“.<sup>176</sup> Durch die vorherige Konkretisierung unbestimmter materiell-rechtlicher Vorgaben soll die behördliche Vergabeentscheidung demnach zwar auch transparent und vorhersehbar gemacht,<sup>177</sup> inhaltlich gelenkt und gegen sach- und gleichheitswidrige Einflüsse abgeschirmt werden; doch wird die Verpflichtung zur Erarbeitung eines Vergabekonzepts daneben auch auf die Absicht zurückgeführt, „eine hinreichend konkrete Grundlage für die spätere gerichtliche Kontrolle“ zu schaffen.<sup>178</sup> Der kompensatorische Anspruch der konzeptionelle Selbstbindung der Vergabestelle besteht demnach darin, auszugleichen, dass die offenen Vorgaben des Vergaberechts Orientierungs-, Steuerungs-, Gleichheits- und Kontrollfunktion des Gesetzes nur in reduziertem Maße erfüllen.

### *bb) Marktregulierung im Telekommunikationsrecht*

Das Recht der telekommunikationsbezogenen Marktregulierung erkennt die Bedeutung von (Regulierungs-)Konzepten sogar ausdrücklich an. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG zählt es zu den Grundsätzen der TK-Regulierung, dass die Bundesnetzagentur „die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch fördert, dass sie über angemessene Überprüfungszeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält“. Nach § 17 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur dazu in Form von Verwaltungsvorschriften ihre grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden beschreiben.<sup>179</sup> Dass die Bundesnetzagentur dies

---

Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 127 GWB Rn. 88; A. Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung im Vergaberecht, 2005, S. 115 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BGHZ 199, 327 (344) – bzgl. Eignung; BGH, NZBau 2017, S. 366 (371) – bzgl. Zuschlag. Uneinigkeit besteht lediglich hinsichtlich der Frage, ob die entsprechende Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung im Hinblick auf die Kriterienauswahl als Ermessen oder als Beurteilungsspielraum zu qualifizieren ist; siehe M. Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 122 GWB Rn. 10; ausführlich zur Problematik R. Ricken, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht, 2014, S. 130 ff..

<sup>176</sup> F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 537.

<sup>177</sup> Dem entspricht es, dass die skizzierten Konzepte in der ein oder anderen Form bekannt gemacht werden müssen, siehe § 121 Abs. 3, § 122 Abs. 4 S. 2, § 127 Abs. 5 GWB je i. V. m. §§ 37 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 1, 40, 41 Abs. 1 VgV.

<sup>178</sup> F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 537; ebenso auch C. Fuchs, in: Towfigh u. a. (Hrsg.), Recht und Markt, 2009, S. 205 (217, 224); aus europarechtlicher Perspektive mit ähnlichen Erwägungen („Transparenz“, „Unparteilichkeit“, „Nachprüfbarkeit“) zur Notwendigkeit einer Festlegung der Entscheidungskriterien im Vorfeld des Vergabeverfahrens F. Huerkamp, Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe, 2010, S. 335, 337. Zum Teil finden diese Zwecke auch in den gesetzlichen und untergesetzlichen Grundlagen selbst Ausdruck, siehe § 127 Abs. 4 S. 1 GWB und § 43 Abs. 5 UVgO („Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass [...] der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist“).

<sup>179</sup> Ein funktionell verwandtes Instrument stellten die Verwaltungsgrundsätze dar, die die

„kann“ – wie § 17 TKG zurückhaltend formuliert – versteht sich freilich von selbst.<sup>180</sup> Angesichts dessen liegt es nahe, § 17 Abs. 1 TKG als Hinweis auf den unausgesprochenen Wunsch des Gesetzgebers zu deuten, die Bundesnetzagentur möge von dieser Möglichkeit des Konzepterlasses auch regen Gebrauch machen.<sup>181</sup> Im Lichte des Unionsrechts, so wird von Teilen des Schrifttums eingewandt, reduziere sich das Entschließungsermessen ohnehin auf Null.<sup>182</sup> Die Bundesnetzagentur treffe daher ungeachtet des Wortlauts des § 17 Abs. 1 TKG die Pflicht, ein Regulierungskonzept zu erlassen.

Inhaltlich obliegt es den damit ausdrücklich anerkannten Regulierungskonzepten, auf abstrakt-genereller Ebene<sup>183</sup> zur „genauere[n] Festlegung des materiell-rechtlichen Gehalts einzelner Tatbestandsmerkmale“ beizutragen, etwa die Abwägung kollidierender Regulierungsziele durch vorgezogene Gewichtungentscheidungen in klarere Bahnen zu lenken oder künftige Regulierungsverfahren vorzustrukturieren.<sup>184</sup> Dass § 17 Abs. 1 TKG insofern ausdrücklich auf „die Marktdefinition nach § 10, [...] die Marktanalyse nach § 11 und [...] die Regulierungsverfügung nach § 13“ verweist, zeigt, dass die in ihm vorgesehenen Konzepte insbesondere auf die Spielräume reagieren, die das materielle Recht der Bundesnetzagentur auf allen drei Stufen<sup>185</sup> der Marktregulierung be-

---

Regulierungsbehörde nach § 122 Abs. 3 TKG a.F. zu veröffentlichen hatte und die sie – über den Wortlaut des § 122 Abs. 3 TKG a.F. hinaus – zudem „in allen geeigneten Fällen [...] erarbeiten soll (gebundenes Entschließungsermessen)“ (*T. Attendorn/M. Geppert*, in: *Geppert/Schütz* [Hrsg.], *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 122 Rn. 14). In seiner vollständig novellierten, aktuellen Form (Telekommunikationsgesetz v. 23.06.2021, BGBl. I S. 1858) erwähnt das TKG diese Verwaltungsgrundsätze indes nicht mehr.

<sup>180</sup> *J. Kühling*, JZ 2012, S. 341 (346); die Norm erinnert insofern an § 48 BImSchG, auf diese Parallele weist auch *M. Cornils*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 81 hin.

<sup>181</sup> *J. Kühling*, JZ 2012, S. 341 (346): „Aufforderungscharakter“; *M. Cornils*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 81: „affirmative Bedeutung“.

<sup>182</sup> *H. Gersdorf*, in: *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, § 15a TKG Rn. 6, der dies mit einer Konformauslegung im Lichte des Art. 8 Abs. 5 lit. a der Richtlinie 2002/21/EG in ihrer durch Richtlinie 2009/140/EG geänderten Fassung begründet; im Ergebnis ebenso *T. Fetzer*, *WiVerw* 2010, S. 145 (150) und *K. F. Gärditz*, *N&R* 2011, Beil. 2/2011, S. 1 (19) – beide entnehmen dem Unionsrecht ein subjektives Recht auf Erlass eines Regulierungskonzepts.

<sup>183</sup> Dazu *R. Schönau*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 15a Rn. 11, 13.

<sup>184</sup> *R. Broemel*, JZ 2014, S. 286 (293 f.), Zitat auf S. 294; ferner *J. Kühling*, JZ 2012, S. 341 (342); vgl. auch insofern die entsprechende Funktion der Verwaltungsgrundsätze nach § 122 Abs. 3 TKG a.F.: Konkretisierung der offenen Tatbestände des TKG durch Selbstbindung an materielle Entscheidungs(sub)kriterien, *T. Attendorn/M. Geppert*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 122 Rn. 12, 14 f.

<sup>185</sup> Zur Dreistufigkeit der Marktregulierung *H. Gersdorf*, in: *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, § 9 TKG Rn. 19. Die drei Stufen bilden die Marktdefinition, die Marktanalyse und ggfs. die Auferlegung von Regulierungsverfügungen; im Überblick auch *B. Wollenschläger*, *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009, S. 131 ff.

lässt: Auf der ersten Stufe, der Bestimmung der relevanten Märkte, hat die Bundesnetzagentur eine notwendig einzelfallbezogene Abwägung der Regulierungsziele des § 2 TKG vorzunehmen, für die § 10 Abs. 1 TKG ihr ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum einräumt. Ob die so festgelegten Märkte für eine Regulierung in Betracht kommen, entscheidet sich dann im Rahmen der zweiten Stufe, der Marktanalyse. Den für sie maßgeblichen Drei-Kriterien-Test konturiert § 11 Abs. 2 S. 1 TKG durch zahlreiche offene, in mehrfacher Hinsicht von Wertungen und Prognosen abhängige Rechtsbegriffe.<sup>186</sup> Da das BVerwG den Beurteilungsspielraum der BNetzA – über § 10 Abs. 1 TKG hinaus – auch auf diese zweite Stufe der Marktregulierung erstreckt,<sup>187</sup> entscheidet die Regulierungsbehörde auch über das Vorliegen dieser Kriterien sowie das nicht minder konkretisierungsbedürftige Merkmal „beträchtliche[r] Marktmacht“ abschließend. Auf der dritten Stufe, der eigentlichen Entscheidung über das regulatorischen Eingreifen selbst, zeigt sich die Offenheit des materiellen Rechts zunächst daran, dass die einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen der Bundesnetzagentur zwar kein Entschließungs-, aber ein Auswahlermessen einräumen.<sup>188</sup> Wie vor allem an § 26 TKG gut zu erkennen ist, ist die Entscheidung über die Art der zu treffenden Maßnahmen dabei gesetzlich kaum vorgezeichnet.<sup>189</sup> Vielmehr knüpft dessen Abs. 2 die Entscheidung „ob und welche Zugangsverpflichtungen [...] gerechtfertigt sind“ an eine Abwägung, in deren Rahmen neben den allgemeinen Regulierungszielen des § 2 TKG weitere individuell, aber nicht abschließend aufgeführte Belange zum Ausgleich zu bringen sind und die ihrerseits nur durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe mit wertenden und prognostischen Elementen gesteuert wird.<sup>190</sup> Für die Vorgän-

<sup>186</sup> So verlangt die Feststellung von „beträchtliche[n]“ Marktzutrittsschranken eine Wertung, deren Qualifikation als „anhaltend“ hingegen eine Prognose. Und auch die beiden folgenden Kriterien (Märkte tendieren „innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu wirksamem Wettbewerb“; „Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein [reicht] nicht aus[.], um dem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken“) beziehen sich auf künftige Entwicklungen. Siehe dazu auch *J. Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 186 sowie bereits die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/2316, S. 61: „Prognoseentscheidung [...] wertenden Inhalts“.

<sup>187</sup> BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1360); ebenso *J. Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 187 m. w. Nachw.

<sup>188</sup> BVerwGE 130, 39 (48); *T. Attendorn*, NVwZ 2009, S. 19 (19); *K. F. Gärditz*, NVwZ 2009, S. 1005 (1006); *A. Proelß*, AöR 136 (2011), S. 402 (419). Dass der Regulierungsbehörde insofern kein Entschließungsermessen zusteht, folgt aus § 13 Abs. 1 TKG sowie dem zugrunde liegenden Art. 16 Abs. 4 der RL 2002/21/EG.

<sup>189</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 30, der zur Vorgängerregelung des § 21 TKG feststellt, diese definiere nicht einmal die Tatbestandsvoraussetzungen abschließend, unter denen marktmächtige (Telekommunikations-)Netzbetreiber dazu verpflichtet werden können, den Zugang zu ihrem Netz auch für andere Unternehmen zu öffnen.

<sup>190</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 30; *A. Proelß*, AöR 136 (2011), S. 402 (422).

gerregelung des § 21 TKG a.F. hat das BVerwG aus dieser Normstruktur den Schluss gezogen, der Bundesnetzagentur stehe ein über die Grundsätze des § 114 VwGO hinausreichendes „Regulierungsermessen“ zu<sup>191</sup> – ein „umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum“<sup>192</sup>, bei dem sich der gerichtliche Prüfungsumfang auf die aus dem Planungsrecht bekannte Kontrolle spezifischer Abwägungsfehler beschränkt.<sup>193</sup>

Angesichts dieser weitreichenden Offenheit der einschlägigen Tatbestände und der zurückgenommenen Intensität gerichtlicher Kontrolle erstaunt es fast, dass § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG den Mehrwert administrativer Regulierungskonzepte allein in deren Beitrag zur Vorhersehbarkeit der Regulierungstätigkeit der Bundesnetzagentur erkennt.<sup>194</sup> Das verwaltungsrechtliche Schrifttum verspricht sich von Regulierungskonzepten denn auch deutlich mehr: Nicht nur steigerten sie die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen der Bundesnetzagentur,<sup>195</sup> vielmehr leisteten sie einen allgemeinen Ausgleich für „das materielle Bestimmtheitsdefizit“<sup>196</sup> der gesetzlichen Grundlagen der Marktregulierung, ja sie kompensierten „die geringe gesetzliche Vorzeichnung in rechtsstaatlicher und demokratischer Hinsicht“<sup>197</sup>. Im Lichte der Funktionen, die Regulierungskon-

<sup>191</sup> Siehe vor allem BVerwGE 130, 39 (48); BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1364); NVwZ 2009, S. 653 (658); NVwZ 2010, S. 1359 (1361); beiläufig erwähnt auch in BVerwG, NVwZ 2008, S. 798 (799); offenlassend noch BVerwGE 120, 263 (265); kritisch zur Kategorie des Regulierungsermessens etwa *K. F. Gärditz*, NVwZ 2009, S. 1005 (1006 ff.); *T. Würtenberger*, GewArch 2016, S. 6 (8 ff.); (im Grundsatz) zustimmend hingegen *M. Ludwigs*, JZ 2009, S. 290 (296); *A. Proelß*, AöR 136 (2011), S. 402 (420 ff.); für ein Regulierungsermessen auch *J. Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, 2006, S. D 156.

<sup>192</sup> BVerwG, NVwZ 2014, S. 1034 (1036).

<sup>193</sup> BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1364); NVwZ 2010, S. 1359 (1361); NVwZ 2014, S. 1034 (1036); (kritisch) dazu *J. Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (323 ff., insbes. 326 f.); *ders.*, Die Verwaltung 46 (2013), S. 87 (93); *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (406 f.) sowie *T. Mayen*, NVwZ 2008, S. 835 (836 ff.) und *T. Würtenberger*, GewArch 2016, S. 6 (7 f.).

<sup>194</sup> Obwohl das TKG bemerkenswerter Weise keine ausdrückliche Pflicht statuiert, entsprechende Konzepte zu publizieren, ist angesichts der Intention, durch sie die Vorhersehbarkeit der Regulierungspraxis zu fördern, von einer entsprechenden Veröffentlichungspflicht auszugehen. Der dem § 17 TKG (§ 15a TKG a.F.) zugrundeliegende Gesetzesentwurf geht hiervon denn auch wie selbstverständlich aus, wenn er apodiktisch feststellt, für die Veröffentlichung entsprechender Konzepte gelte § 5 TKG a.F., der heutige § 192 TKG (BT-Drs. 17/5707, S. 58).

<sup>195</sup> *R. Broemel*, JZ 2014, S. 286 (293); *ders.*, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 139 (151); *H.-H. Trute*, in: Festschrift für W. Brohm, 2002, S. 169 (181): „hinreichende Erwartungssicherheit“; *ders.*, in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 857 (866); ausführlich *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 197 ff.

<sup>196</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 197, der hinsichtlich der tatsächlichen Leistungsfähigkeit allerdings skeptisch ist, ebd., S. 198 f. Ähnlich *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 136, der – ohne auf § 17 TKG Bezug zu nehmen – meint, die „Offenheit der legislativen Programmvorgaben“ erfahre „Stabilisierungsimpulse durch [...] Momente konzeptioneller Eigensteuerung“.

<sup>197</sup> *H. C. Röhl*, JZ 2006, S. 831 (837).

zepten unabhängig von derartigen Kompensationsbehauptungen zugeschrieben werden, zeigt sich indes, dass dieser pauschale Anspruch rechtsstaatlicher und demokratischer Kompensation ihnen mehr zutraut als sie sich selbst. So wird Regulierungskonzepten zwar attestiert, sie gewährleisten eine gleichmäßige Rechtsanwendung,<sup>198</sup> böten eine Grundlage für eine intensiviertere gerichtliche Kontrolle<sup>199</sup> und ermöglichen es dem Gesetzgeber, die Marktentwicklung „zu beobachten und gestaltend zu begleiten“,<sup>200</sup> um auf diese Weise eine Rückbindung an die legitimierende demokratische Entscheidung sicherzustellen. Zur rechtsstaatlich gleichermaßen relevanten Begrenzung regulierender Grundrechtseingriffe etwa beanspruchten Regulierungskonzepte indes keinen Beitrag zu leisten. Ihr Kompensationsanspruch besteht demnach darin, die Orientierungs-, Gleichheits-, Kontroll- und Legitimationsfunktion des Gesetzes<sup>201</sup> zu übernehmen, die die Marktregulierungsbestimmungen des TKG angesichts ihrer Offenheit und der Letztentscheidungsbefugnisse der Bundesnetzagentur nur eingeschränkt erfüllen. Darauf beschränkt er sich aber auch.

### cc) Konzessionserteilung im Personenbeförderungsrecht

Im Personenbeförderungsrecht stehen administrative Konzepte in engem Zusammenhang mit den offen gefassten Voraussetzungen, von deren Erfüllung das PBefG die Erteilung von Personenbeförderungsgenehmigungen abhängig macht. So knüpft § 13 Abs. 2 Nr. 3 PBefG die Konzessionserteilung im Straßenbahn-, Obus- und Kraftfahrzeuglinienverkehr an die vage Bedingung, dass durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen nicht beeinträchtigt werden. Eine abschließende Auflistung oder gar Gewichtung dieser Interessen enthält er indes nicht.<sup>202</sup> Lediglich exemplarisch („insbesondere“) führt er stattdessen vier solcher Verkehrsinteressen an. Zuweilen bedürfen diese

<sup>198</sup> J. Kühling, JZ 2012, S. 341 (346); H.-H. Trute, in: Festschrift für W. Brohm, 2002, S. 169 (181); ähnlich R. Broemel, JZ 2014, S. 286 (293): „Diskriminierungsfreiheit“.

<sup>199</sup> R. Broemel, JZ 2014, S. 286 (294); ders., in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 139 (149); ebenso E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 197b (Stand: 92. Erg.-Lfg., August 2020).

<sup>200</sup> R. Broemel, JZ 2014, S. 286 (293); in diese Richtung auch ders., in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 139 (149, 150).

<sup>201</sup> Zu diesen Funktionen oben § 3 III 1 b), e), f), g).

<sup>202</sup> BVerwGE 55, 159 (169); M. Bauer, Personenbeförderungsgesetz, 2010, § 13 Rn. 30; T. Grätz, in: Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz, § 13 Rn. 28 (Stand: Dezember 2012). Einen Sonderfall bildet insofern der Taxenverkehr. Für diesen erklärt § 13 Abs. 4 PBefG eine Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen (nur) dann für gegeben, wenn durch die Erteilung weiterer Genehmigungen das örtliche Taxengewerbe in seiner Funktionsfähigkeit bedroht würde. Angesichts des prognostisch-wertenden Charakters dieser Entscheidung gewährt die Rechtsprechung der Genehmigungsbehörde insofern einen Beurteilungsspielraum (siehe BVerwGE 64, 238 [242] sowie M. Bauer, Personenbeförderungsgesetz, 2010, § 13 Rn. 55, 63 und F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 391f.). Kompensiert wird dieser Spielraum durch die Pflicht der Genehmigungsbehörde, über die Kontingentierung der Taxengenehmigungen vorab in einem Konzept zu entscheiden, das auch das in § 13 Abs. 5 S. 1

allerdings ihrerseits weiterer Konkretisierung. Besonders deutlich macht das § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. a PBefG. Nach ihm stehen öffentliche Verkehrsinteressen einer Genehmigung dann entgegen, wenn „der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann“. Und auch dann, wenn für die gleiche Verkehrsleistung konkurrierende Genehmigungsanträge vorliegen, aber nur einem Unternehmen eine Konzession erteilt werden kann, ist die Entscheidung danach zu treffen, wer „die beste Verkehrsbedienung anbietet“.<sup>203</sup> Über Maßstäbe und Kriterien für ein befriedigendes oder gar das beste Verkehrsangebot geben die einschlägigen Vorschriften jedoch keine Auskunft. Das materielle Gesetzesrecht eröffnet insofern Spielräume für „verkehrs- und raumordnungspolitische Wertungen“<sup>204</sup> und die Berücksichtigung divergierender lokaler Verkehrsbedürfnisse.<sup>205</sup> Das BVerwG hat hieraus den Schluss gezogen, der Genehmigungsbehörde stehe sowohl bei der Bewertung und Gewichtung von Verkehrsbedürfnissen als auch bei der Bestimmung deren befriedigender Bedienung ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.<sup>206</sup>

In der Sache greift das Personenbeförderungsrecht zur Konkretisierung beider dieser Leerstellen – der Spezifikation und Gewichtung öffentlicher Verkehrsinteressen einerseits und der Bestimmung der Anforderungen befriedigender oder bester Verkehrsbedienung andererseits – auf administrative Konzepte zurück. So ist es in der Verwaltungspraxis zum einen üblich, dass die zuständigen Genehmigungsbehörden unabhängig von konkreten Genehmigungsverfahren Bewertungsraster oder -richtlinien entwickeln, in denen sie öffentliche Verkehrsinteressen vorab konkretisieren und diese untereinander sowie im Verhältnis zu anderen einzustellenden Belangen bewerten.<sup>207</sup> Die im Einzelfall erforderliche Abwägung binden sie auf diese Weise an einheitliche Maßstäbe. Auch wenn das Schrifttum hierin eine notwendige „Kompensation der Verfehlung der Aufgabe des Gesetzgebers [erkennt], Art und Anwendungsweise der Kriterien für Genehmigungsentscheidungen in den Grundzügen [zu] bestimmen“,<sup>208</sup> so enthält das PBefG selbst doch keine Pflicht, die Abwägung

---

PBefG geforderte „angemessene“ Verhältnis von Alt- und Neubewerbern konkretisiert; siehe zum Ganzen *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 390 ff.

<sup>203</sup> § 13 Abs. 2b S. 1 PBefG.

<sup>204</sup> BVerwGE 82, 260 (265); VGH Mannheim, NVwZ-RR 2009, S. 720 (724).

<sup>205</sup> Vgl. *T. Grätz*, in: *Fielitz/Grätz*, Personenbeförderungsgesetz, § 13 Rn. 26 (Stand: Dezember 2012).

<sup>206</sup> BVerwGE 82, 260 (265); 135, 198 (208); im Anschluss daran auch VGH Mannheim, BeckRS 2003, 25650 Rn. 24; NVwZ-RR 2009, S. 720 (724); OVG Magdeburg, BeckRS 2008, 32749 Rn. 10; siehe auch *M. Bauer*, Personenbeförderungsgesetz, 2010, § 13 Rn. 34; *T. Grätz*, in: *Fielitz/Grätz*, Personenbeförderungsgesetz, § 13 Rn. 26, 28 (Stand: Dezember 2012).

<sup>207</sup> Siehe *C. Heinze*, in: *ders./Fehling/Fiedler*, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 14 f.

<sup>208</sup> So *C. Heinze*, in: *ders./Fehling/Fiedler*, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 15.

öffentlicher Verkehrsinteressen derart zu konzeptualisieren. Angesichts dessen hält es die Rechtsprechung auch nicht für rechtlich geboten, den Antragsstellern die entsprechenden Bewertungsrichtlinien vorab zur Kenntnis zu bringen.<sup>209</sup>

Zum anderen statuiert das PBefG im Hinblick auf den Maßstab befriedigender Verkehrsbedienung eine ausdrückliche Konzeptpflicht. § 8 Abs. 3 PBefG gibt den zuständigen Landesbehörden insofern auf, einen Nahverkehrsplan aufzustellen, in dem sie zur „Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr [...] die Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebotes, dessen Umweltqualität sowie die Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration der Verkehrsleistungen“ definieren.<sup>210</sup> Welches von mehreren konkurrierenden Unternehmen die „beste Verkehrsbedienung“ bietet, ist – so sieht § 13 Abs. 2b S. 2 PBefG in konsequenter Anknüpfung hieran vor – ebenfalls in Anlehnung an die Festlegungen des Nahverkehrsplans zu entscheiden.<sup>211</sup> Und zuweilen wird den Nahverkehrsplänen gar die darüber hinausgehende, allgemeine Aufgabe überwiesen, „die öffentlichen Verkehrsinteressen des Nahverkehrs [zu] konkretisieren“.<sup>212</sup>

<sup>209</sup> VGH Mannheim, NVwZ-RR 2009, S. 720 (725 f.).

<sup>210</sup> Während § 8 Abs. 3 PBefG eine Pflicht zur Aufstellung eines Nahverkehrsplans nur „in der Regel“ vorsieht, enthalten die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen weit überwiegend eine kategorische Aufstellungspflicht, siehe *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 453 sowie beispielhaft § 11 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG Baden-Württemberg („haben [...] einen Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Abs. 3 PBefG aufzustellen“). Siehe zum inhaltlichen Gleichlauf von „ausreichender“ (§ 8 Abs. 3 PBefG) und „befriedigender“ (§ 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. a PBefG) Verkehrsbedienung nur *T. Grätz*, in: Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz, § 8 Rn. 5 (Stand: Dezember 2012). Vgl. zur Qualifikation des Nahverkehrsplans als Konzept *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 415, nach dem der „Nahverkehrsplan zukunftsgerichtet das nahverkehrspolitische Konzept des Aufgabenträgers festlegt“.

<sup>211</sup> Dass der Nahverkehrsplan insoweit einen Kompensationsanspruch erhebt, zeigt sich an der Rechtsprechung aus der Zeit vor Einführung der entsprechenden Planungspflicht. Im Hinblick auf die Vergabe von Personenbeförderungsgenehmigungen in Konkurrenzsituationen hat das BVerwG es insoweit für erforderlich erachtet, dass der Gesetzgeber die Kriterien für die Zuteilung kontingentierter Genehmigungen „jedenfalls in den Grundzügen“ gesetzlich festschreibt und in Ermangelung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung eine Pflicht zur Selbstbindung festgestellt: „Solange einer Mehrzahl von Bewerbern um eine Kraftdroschekengenehmigung nur eine beschränkte Anzahl von Genehmigungen gegenübersteht und das Gesetz keine Verteilungskriterien nennt, ist es für die Behörde im Interesse ordnungsmäßiger Verwaltung unerlässlich, ein eigenes Auswahlssystem zu finden und danach zu verfahren.“ (BVerwGE 64, 238 (244 ff., Zitate auf S. 244, 246).

<sup>212</sup> So ausdrücklich § 8 Abs. 1 S. 2 ÖPNVG NRW; siehe auch VGH Mannheim, NVwZ-RR 2009, S. 720 (726): „Der [...] Nahverkehrsplan bildet somit den Rahmen für die Entwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs und setzt die Kriterien für die Verkehrsbedienung und den für erforderlich gehaltenen Standard fest.“; vgl. ferner *M. Bauer*, Personenbeförderungsgesetz, 2010, § 8 Rn. 13; *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 420. Teilweise relativiert wird das indes durch die Feststellung, dass der Nahverkehrsplan von der Genehmigungsbehörde gem. § 8 Abs. 3a PBefG nicht streng zu beachten, sondern lediglich zu berücksichtigen ist, er stellt demnach „einen abwägungserheblichen Belang

Inhaltlich beruht der Nahverkehrsplan dabei – wie für viele Konzepte charakteristisch<sup>213</sup> – auf einer umfassenden Bestandsaufnahme und deren eingehender Bewertung. Ausgehend hiervon entwickelt er auf Grundlage einer Prognose künftiger Entwicklungen und Bedarfe Zielvorstellungen und Rahmenvorgaben für den öffentlichen Personennahverkehr.<sup>214</sup> Zweifel an der Qualifikation von Nahverkehrsplänen als administrative Konzepte mag einzig wecken, dass die Zuständigkeit für die Nahverkehrsplanung und diejenige für die Erteilung konkreter Personenbeförderungsgenehmigungen in vielen Bundesländern bei unterschiedlichen Stellen der Verwaltung angesiedelt ist, sodass sich der Nahverkehrsplan nicht überall als Instrument genehmigungsbehördlicher Eigenprogrammierung darstellt. Zuweilen fallen diese Zuständigkeiten aber auch zusammen.<sup>215</sup> Jedenfalls dort, wo dies der Fall ist, stellen sich Nahverkehrspläne als Form konzeptioneller behördlicher Selbstbindung dar.<sup>216</sup> Nach Maßgabe des einschlägigen Landesrechts kommt ihnen dabei zudem eine im Vergleich zu den oben erwähnten Bewertungsrastern gesteigerte Publizität zu. So sind Nahverkehrspläne etwa in Baden-Württemberg zwar nicht amtlich zu veröffentlichen, aber doch zumindest zur kostenlosen Einsicht bei der aufstellenden Behörde aufzulegen.<sup>217</sup> Allerdings finden sich vergleichbare Publizitätsvorgaben nicht in allen Bundesländern.<sup>218</sup> Dass sich die landesrechtlichen Vorgaben insoweit unterscheiden, illustriert gut, dass sich mit der These, Konzeptpflichten kompensierten die Schwäche des materiellen Rechts, durchaus unterschiedliche Vorstellungen verbinden können. So wird den nicht zu veröffentlichen Bewertungsrastern und Nahverkehrsplänen zugetraut, eine gleichheitsgerechte Genehmigungspraxis zu gewährleisten<sup>219</sup> und insofern auszugleichen, dass die gesetzlichen Vorgaben selbst die ihnen eigentlich zuge dachte Gleichheitsfunktion<sup>220</sup> nur eingeschränkt erfüllen. Dort, wo Nahverkehrs-

---

dar, nicht weniger, aber auch nicht mehr“ (*G. Fromm/K.-A. Sellmann/H. Zuck*, Personenbeförderungsrecht, 4. Aufl. 2013, § 8 PBefG Rn. 7).

<sup>213</sup> Siehe dazu bereits oben § 3 IV 2 a).

<sup>214</sup> So etwa vorgesehen in § 11 Abs. 3 ÖPNVG BW.

<sup>215</sup> Die Zuständigkeiten für Nahverkehrsplanung und Genehmigungserteilung fallen etwa in Sachsen-Anhalt zusammen, wo die Landkreise und kreisfreien Städte sowohl als planungsbetrauter Aufgabenträger als auch als Genehmigungsbehörde fungieren, siehe Art. 3 § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a des Gesetzes zur Fortentwicklung der Verwaltungsgemeinschaften und zur Stärkung der kommunalen Verwaltungstätigkeit vom 13. November 2003 sowie § 4 Abs. 1 ÖPNVG SA; in Teilen (namentlich etwa für den Kraftfahrzeuglinienverkehr) decken sich die Zuständigkeiten auch in Baden-Württemberg, siehe §§ 1 Abs. 1, 2 PBefZuVO i. V. m. § 15 Abs. 1 LVG sowie § 6 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG Baden-Württemberg.

<sup>216</sup> Den Konzeptcharakter ausdrücklich nahelegend auch § 11 Abs. 2 S. 2 ÖPNVG BW.

<sup>217</sup> § 12 Abs. 5 S. 2 ÖPNVG BW; ähnlich auch § 9 Abs. 4 S. 3 ÖPNVG NRW. Siehe aber auch § 6 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG SA, wonach Nahverkehrspläne dort auch zu veröffentlichen sind.

<sup>218</sup> Art. 13 ÖPNVG Bayern etwa enthält weder eine Veröffentlichungs- noch eine Auslagepflicht.

<sup>219</sup> Vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2009, S. 720 (726 f.).

<sup>220</sup> Zu dieser oben § 3 III 1 g).



pläne mit einer irgendwie gearteten Publizitätspflicht verbunden werden, wird ihnen hingegen (offenbar) auch der Ausgleich für die gesetzlich ebenfalls nur vermindert wahrgenommene Orientierungsfunktion überantwortet.

### c) Polizeirecht

Dass sich auch das Polizeirecht bemüht, die Offenheit seiner Eingriffstatbestände auszugleichen, indem es die Behörden verpflichtet, ihren Maßnahmen ein Konzept zugrunde zu legen,<sup>221</sup> lässt sich anhand zweier Bereiche exemplarisch illustrieren: Der Videoüberwachung öffentlicher Plätze (dazu lit. aa) sowie – und vor allem – der Befugnis zu ereignis- und verdachtslosen Personenkontrollen (sog. Schleierfahndung) (dazu lit. bb).

#### aa) Videoüberwachung öffentlicher Plätze

In Baden-Württemberg räumt § 21 Abs. 3 PolG BW dem Polizeivollzugsdienst sowie den Ortspolizeibehörden zum Zweck der Gefahrenvorsorge die Befugnis ein, Bild- und Tonaufzeichnungen von Personen anzufertigen, wenn von diesen zwar keine konkrete Gefahr ausgeht, sie sich aber an einem Ort aufhalten, an dem sich die „Kriminalitätsbelastung [...] von der des Gemeindegebiets deutlich abhebt und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort auch künftig mit der Begehung von Straftaten zu rechnen ist“.<sup>222</sup> Vor allem der VGH Mannheim hat im Hinblick auf die ortsbezogenen Tatbestandsmerkmale dieser Eingriffsbefugnis gefordert, die zuständige Behörde müsse „auf der Grundlage einer [...] ortsbezogenen Lagebeurteilung“ ermitteln, ob deren Voraussetzungen gegeben seien, und verlangt, das erhobene Lagebild in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren.<sup>223</sup> Im Schrifttum werden derartige Bindungen polizeilicher Eingriffe an die Erkenntnisse eines im Vorhinein zu erstellenden Lagebilds vielfach als Konzeptpflichten qualifiziert.<sup>224</sup> Durch die in Lagebildern enthaltene Bestands-

<sup>221</sup> Eingehend zu derartigen polizeirechtlichen Konzepten *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 290 ff., insbes. S. 293 ff., der insofern allerdings von „Präventionsplanung“ spricht; siehe zu Konzeptpflichten im konkreten Kontext der Schleierfahndung auch ebd., S. 446 ff.; ausführlich ferner *J. Aulehner*, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1998, S. 525 ff.

<sup>222</sup> Auch in den Polizeigesetzen anderer Länder bestehen vergleichbare Vorschriften, siehe etwa § 14 Abs. 3 SOG Hessen; § 18 Abs. 3 PolDVG Hamburg; § 32 Abs. 3 NdsPOG; § 15a Abs. 1 PolG NRW. Zuweilen wird angesichts der rein ortsbezogenen Eingrenzung dieser und ähnlicher Eingriffstatbestände von einer „Ortshaftung“ gesprochen, so etwa *W. Hoffmann-Riem*, JZ 1978, S. 335 (337); *R. Gnüchtel*, NVwZ 2013, S. 980 (983); *K. Graulich*, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Abschn. E Rn. 328

<sup>223</sup> VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504 und Leitsätze 8 und 9); siehe auch *D. Büllesfeld*, Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge, 2002, S. 206 f.

<sup>224</sup> So vor allem im Kontext von Schleierfahndungen, vgl. etwa *C. Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (386); *H.-H. Trute*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501 (518 ff.); *U. Volkmann*, NVwZ 2009, S. 216 (221); dazu noch sogleich § 3 IV 2 c bb. Wie unten (§ 3 IV 3 b) noch näher ausge-

aufnahme und die vergleichende Bewertung der örtlichen Kriminalitätssituation schafft es eine fallübergreifende sachliche Grundlage für Entscheidungen über entsprechende Überwachungsmaßnahmen und rationalisiert auf diese Weise die wertende und mit prognostischen Elementen versehene Qualifikation des überwachten Ortes als gemeindeinternen Kriminalitätsbrennpunkt.

Von den bisher dargestellten Konzepten unterscheiden sich die polizeilichen Lagebeurteilungen indes in einer entscheidenden Hinsicht: Den zuständigen Behörden steht im Hinblick auf die Frage, ob „die Voraussetzungen für die Qualifizierung einer Örtlichkeit als Kriminalitätsbrennpunkt vorliegen, [...] kein gerichtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu“.<sup>225</sup> Raum für eine konzeptionelle Selbstprogrammierung der Verwaltung besteht insofern folglich schon deshalb nicht, weil die letztverbindliche Konkretisierung der ortsbezogenen Tatbestandsmerkmale den Gerichten obliegt. Die Funktion behördlicher Lagebilder besteht angesichts dessen darin, dass die Behörde im Rahmen ihrer Lagebeurteilung das Sachverhaltswissen generiert, das erforderlich ist, um die ortsbezogenen Tatbestandsmerkmale erstens zutreffend anzuwenden und um deren richtige Anwendung zweitens auch gerichtlich überprüfbar zu machen.<sup>226</sup> Auch der VGH Mannheim hat vor allem die zuletzt genannte Kontrolldimension im Blick, wenn er in erster Linie „die verfahrensrechtliche Verpflichtung der Behörde zur Dokumentation“<sup>227</sup> betont. Da aber nur dokumentiert werden kann, was zuvor erarbeitet wurde, erheben auch die polizeilichen Lagebeurteilungen den Anspruch, auszugleichen, dass das materielle Gesetzesrecht seine Kontrollfunktion gerade deshalb nicht selbständig erfüllen kann, weil es auf polizeiliches Sonderwissen verweist.

Dass die vom Verwaltungsgerichtshof zitierte Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums verlangt, im Rahmen der zu erstellenden Lagebilder nicht nur die Häufigkeit von Straftaten, sondern auch „tatrelevante Zeiten“ zu spezifizieren,<sup>228</sup> belegt indes, dass den Lagebeurteilungen auch eine ermessenslenkende Funktion beigemessen wird: Zu kriminalstatistisch unauffälligen Uhrzeiten

---

führt, weist die Bindung an vorab zu erstellende Lagebeurteilungen aber auch eine deutliche Nähe zu solchen Pflichten auf, die der Behörde „nur“ die Ermittlung und Bewertung ihrer Entscheidungsgrundlagen aufgeben.

<sup>225</sup> VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504); im Anschluss daran auch VG Freiburg, Urt. v. 04.04.2019 – 10 K 3092/18 –, juris, Rn. 40; siehe für die zugrundeliegenden Lagebilder auch *S. Graf*, Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen, 2006, S. 120; *B. Kastner*, VerwArch 92 (2001), S. 216 (241 f.) und *J. Martínez Soria*, NVwZ 1999, S. 270 (271 f.); vgl. allgemein *D. Neumann*, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, S. 183.

<sup>226</sup> Das wird auch deutlich an der Charakterisierung der entsprechenden Dokumentationspflicht als „Obliegenheit, deren Verletzung das Risiko in sich birgt, dass das Gericht die Qualifizierung als Kriminalitätsbrennpunkt nicht nachvollziehen kann und die Überwachungsmaßnahme als rechtswidrig ansieht“ (VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 [504]).

<sup>227</sup> VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504).

<sup>228</sup> Siehe Nr. 4.1 der Führungs- und Einsatzanordnung Videoüberwachung im öffentlichen Raum vom 22.1.2001, zitiert nach VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504).

oder Wochentagen dürfte eine Videoüberwachung unzulässig sein.<sup>229</sup> In der Praxis finden diese Erkenntnisse denn auch regelmäßig Eingang in ein Gesamtkonzept, in dem unterschiedliche Maßnahmen der Gefahrenvorsorge aufeinander abgestimmt werden<sup>230</sup> und das entsprechend die Ermessensausübung beim Einsatz der Videoüberwachung leitet. Die Lagebeurteilungen und die auf ihnen basierenden Gefahrenvorsorgekonzepte erheben demnach den Anspruch, die Ausübung der Gefahrenvorsorgebefugnisse der Polizei dort zu begrenzen, wo die gesetzlichen Grundlagen selbst dies nicht tun.

*bb) Ereignis- und verdachtslose Personenkontrollen (sog. Schleierfahndung)*

Häufiger noch wird die kompensatorische Funktion polizeilicher Konzepte im Zusammenhang mit denjenigen polizeirechtlichen Eingriffstatbeständen hervorgehoben, die die Polizeibehörden zur Durchführung anlass- und verdachtsunabhängiger Personenkontrollen ermächtigen.<sup>231</sup> Ungeachtet der Unterschiede, die die landespolizeirechtlichen Tatbestände insofern aufweisen, kennzeichnet die entsprechenden Befugnisnormen eine außergewöhnliche Weite und Offenheit,<sup>232</sup> die sich vor allem darin äußert, dass sie entsprechende Kontrollmaßnahmen an oft weit gefassten oder nur vage beschriebenen Orten (z. B. Straßen von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr,<sup>233</sup> die grenzüberschreitende Kriminalität<sup>234</sup> oder gar allgemein im öffentlichen Ver-

<sup>229</sup> So ausdrücklich im Kontext des § 26 Abs. 1 Nr. 2 VG Freiburg, Urt. v. 04.04.2019 – 10 K 3092/18 –, juris, Rn. 41 ff.; vgl. mit ähnlicher Tendenz für die Kfz-Kennzeichenerfassung auch BVerfGE 150, 244 (290f.).

<sup>230</sup> Vgl. Landtag Baden-Württemberg, LT-Drs. 12/5706, S. 7f., 12 sowie Nr. 5.7 der Führungs- und Einsatzanordnung Videoüberwachung im öffentlichen Raum vom 22.1.2001 (zitiert nach VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 [502]).

<sup>231</sup> Siehe u. a. §§ 23 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 1a BPolG; § 27 Abs. 1 Nr. 7 PolG BW; Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG Bayern; § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 PolG Sachsen; § 14 Abs. 1 Nr. 5 PAG Thüringen; § 9a SaarlPolG; § 11 Abs. 3 BbgPolG; § 18 Abs. 2 Nr. 6 SOG Hessen; § 27a SOG M-V; vgl. auch den systematisierenden Überblick bei B. Kastner, VerwArch 92 (2001), S. 216 (220ff.).

<sup>232</sup> BVerfGE 150, 244 (297, 300: „besonders weit und objektiv wenig eingegrenzt“); BayVerfGH, NVwZ 2003, S. 1375 (1377) „sehr niedrig[e]“ und „schwach konturierte Eingangsschwellen“; diesbezüglich kritisch H. Liskén, NVwZ 1998, S. 22 (25) sowie K. Waechter, DÖV 1999, S. 138 (142): „Scheintatbestandlichkeit“; ihm in dieser Kritik folgend M. Kutscha, LKV 2000, S. 134 (135): „Blankoermächtigung“; C. Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (386): „eine quasi tatbestandslose Norm“; M. Schütte, ZRP 2002, S. 393 (395).

<sup>233</sup> Z. B. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG Bayern; § 14 Abs. 1 Nr. 5 PAG Thüringen. Das BVerfG hat die bayerische Regelung im Kontext der Befugnisse zur automatischen Kennzeichenerfassung indes als zu unbestimmt und (daher) unverhältnismäßig kritisiert, weil die Anknüpfung an „andere Straßen von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr“ eine „hinreichend klare Beschränkung“ der entsprechenden Kontrollen nicht sicherstelle, siehe BVerfGE 150, 244 (299f.).

<sup>234</sup> So etwa § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 PolG Sachsen. Auch § 18 Abs. 2 Nr. 6 SOG Hessen und § 27 Abs. 1 Nr. 7 PolG BW sehen entsprechende Regelungen vor. Das BVerfG hat im Hinblick auf sie die in der vorstehenden Fußnote skizzierte Kritik an der bayerischen Regelung wiederholt, siehe BVerfGE 150, 309 (336ff.); für mit dem Bestimmtheitsgrundsatz unvereinbar hält die

kehrsräum<sup>235</sup>) für grundsätzlich zulässig erklären und im Übrigen nur über einen weit gefassten Eingriffszweck (typischerweise „zur vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität“<sup>236</sup>) einzugrenzen versuchen.<sup>237</sup> Obwohl bei der Durchführung von Personenkontrollen – anders bei den oben skizzierten, raumbezogenen Maßnahmen der Videoüberwachung – notwendigerweise einzelne Personen individuell adressiert werden (müssen), lassen die gesetzlichen Grundlagen demnach im Hinblick auf die Anzahl der durchzuführenden Kontrollen und die Auswahl der betroffenen Adressaten klare Kriterien vermissen.<sup>238</sup>

Besonders deutlich hat der sächsische Verfassungsgerichtshof angesichts dessen den Gedanken prozeduraler Kompensation fruchtbar gemacht und gefordert, das Fehlen befugnisbegrenzender Tatbestandsmerkmale müsse durch die Bindung des polizeilichen Handelns an ein nachvollziehbares und rechtlich verbindliches Konzept ausgeglichen werden.<sup>239</sup> Die genaue Gestalt derartiger Konzepte sei verfassungsrechtlich zwar nicht vorgegeben, doch müsse es „auf übergeordneter Leitungsebene entwickelt und nicht nur kurzfristig ausgerichtet“ sein und zudem „eine Gewichtung sowie eine Begrenzung der vorgesehenen Kontrollen nach Ort und Häufigkeit“ enthalten.<sup>240</sup> Ob eine Strafe für die grenzüberschreitende Kriminalität von „erheblicher Bedeutung“ sei, sei zudem durch die vorherige Erhebung „hinreichend präzise[r] Lageerkennnisse“ zu konkretisieren, um auf diese Weise eine willkürliche Anwendung auszuschließen und nachträglichen Rechtsschutz zu ermöglichen.<sup>241</sup>

In vergleichbarer Weise hat das Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern festgestellt, der Unbestimmtheit der Befugnis zur Schleierfahndung müsse „durch ein dokumentiertes Verfahren entgegengewirkt“ werden.<sup>242</sup> In diesem müsse von einer übergeordneten Stelle festgestellt werden, „dass auf Grund von

---

Bestimmungen C. Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (384 f.); für eine dem Bestimmtheitsgrundsatz genügende, verfassungskonform-einschränkende Auslegung hingegen B. Kastner, VerwArch 92 (2001), S. 216 (245 ff.).

<sup>235</sup> § 11 Abs. 3 BbgPolG; § 9a Abs. 4 POG Rhl-Pf; ähnlich § 27a SOG M-V.

<sup>236</sup> So in § 11 Abs. 3 BbgPolG; § 18 Abs. 2 Nr. 6 SOG Hessen; § 27a SOG M-V; § 14 Abs. 3 SOG LSA.

<sup>237</sup> Siehe BVerfGE 150, 244 (297); MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156); B. Kastner, VerwArch 92 (2001), S. 216 (224); H. Liskén, NVwZ 1998, S. 22 (25): Kontrollzweck als einzige Eingriffsvoraussetzung; H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (409).

<sup>238</sup> Vgl. auch VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 214: „Ihrem Wortlaut nach ermöglicht die Vorschrift damit eine nahezu beliebig hohe Kontrolldichte und -breite. Zahl und Anlaß der Eingriffe spürbar begrenzende Kriterien sind ihr nicht zu entnehmen“.

<sup>239</sup> VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 215 ff., insbes. 218, 220 („kompensatorisch[e] Verfahrensanforderungen“), 221 („Kompensation mangelnder Bestimmtheit durch Verfahrensvorkehrungen“).

<sup>240</sup> VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 220.

<sup>241</sup> VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 221.

<sup>242</sup> MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156).

Lageberichten und/oder polizeilicher Erfahrung ein hinreichender Grund“ für die Einbeziehung bestimmter Straßen bestehe.<sup>243</sup> Wie der Verfassungsgerichtshof betont, bilden die zu erstellenden Lagebilder indes nicht nur den Maßstab für die Auswahl der Verkehrswege, die die gesetzlich geforderte „erhebliche Bedeutung“ aufweisen und auf denen folglich Kontrollen durchgeführt werden (dürfen). Vielmehr beziehen sie sich auch darauf, „wer von den vielen Verkehrsteilnehmern der Identitätsfeststellung unterzogen wird“, weil nur „[k]ontrolliert werde, wer dem Lagebild entspreche“.<sup>244</sup> Dem entspricht es, dass auch das Bundesinnenministerium den Dienststellen der Bundespolizei zur Präzisierung der offenen Schleierfahndungsbefugnis des § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG die Ermittlung und ständige Aktualisierung von Lageerkenntnissen aufgibt und in diese nicht nur Informationen über die für die grenzüberschreitende Kriminalität bedeutenden Verkehrswege, sondern auch „über häufig genutzte Verkehrsmittel und [...] bestimmte Verhaltensweisen“ einbezogen wissen will.<sup>245</sup> Angesichts dieser sowohl orts- als auch personenbezogenen Konkretisierungsfunktion polizeilicher Lagebilder erhebt auch die Bindung an vorab zu ermittelnde polizeiliche Lageerkenntnisse den für Verwaltungskonzepte typischen Anspruch, Offenheiten im materiellen Gesetzesrecht durch Elemente administrativer Eigenprogrammierung zu schließen. Inzwischen ist die Voraussetzung, ereignis- und verdachtslose Personenkontrollen dürften nur „aufgrund polizeilicher Lagebilder“<sup>246</sup> vorgenommen oder nur dort durchgeführt werden, wo „polizeiliche Lageerkenntnisse dies rechtfertigen“<sup>247</sup>, in zahlreichen Polizeigesetzen ausdrücklich enthalten.<sup>248</sup> Sie alle lassen sich folglich als – wenngleich rudimentäre – Konzeptpflichten deuten.

Die landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung verbindet mit diesen Konzeptpflichten die Hoffnung, die Unbestimmtheit der gesetzlichen Eingriffsgrundlagen prozedural kompensieren zu können.<sup>249</sup> Und auch im Schrifttum

<sup>243</sup> MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156).

<sup>244</sup> MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (154); ebenso *R. Gnüchtel*, NVwZ 2013, S. 980 (983) und *B. Kastner*, VerwArch 92 (2001), S. 216 (252f.). Kritisch hingegen das BVerfG: Selbst sofern das Gesetz auf entsprechende Lageerkenntnisse verweise, bleibe „offen, nach welchen Kriterien diese die Kontrollen rechtfertigen sollen“, siehe BVerfGE 150, 244 (297).

<sup>245</sup> Bundesministerium des Innern, Erlass zur Anwendung von § 23 Absatz 1 Nummer 3 Bundespolizeigesetz (BPolG), v. 7.3.2016, GMBL. 2016, Nr. 10, S. 203. Dort findet sich auch der Verweis darauf, dass sich die „Ausübung polizeilicher Maßnahmen sowie ihrer Intensität und Häufigkeit“ an den Lageerkenntnissen ausrichten soll.

<sup>246</sup> So § 9a SaarlPolG.

<sup>247</sup> § 27a SOG M-V.

<sup>248</sup> Wo eine entsprechende Voraussetzung nicht ausdrücklich normiert ist, ist sie nach Auffassung des BayVerfGH in den Tatbestand hineinzulesen, siehe BayVerfGH, NVwZ 2003, S. 1375 (1377); NVwZ 2006, S. 1284 (1285); zustimmend BVerfGE 150, 309 (339).

<sup>249</sup> So ausdrücklich MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156); in der Sache ebenso BayVerfGH, NVwZ 2006, S. 1284 (1285), wo der VerfGH das „Erfordernis hinreichender Bestimmtheit und Klarheit der Norm“ gerade deshalb gewahrt sieht, weil die fragliche Kontrollbefugnis verfassungskonform so auszulegen sei, dass sie die Ermittlung polizeilicher Lageerkenntnisse

wird polizeilichen Konzeptpflichten eine Kompensationsfunktion attestiert,<sup>250</sup> ja selbst das Bundesinnenministerium scheint diese Auffassung zu teilen. Denn der EuGH hatte im Hinblick auf die in § 23 BPolG enthaltene Befugnis zu anlass- und verdachtsunabhängigen Personenkontrollen im Grenzgebiet moniert, dass diese angesichts ihrer tatbestandlichen Weite mit dem Schengener Grenzkodex in Konflikt geraten könne, weil dieser systematische Personenkontrollen mit gleicher Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen gerade verbiete.<sup>251</sup> Es bedürfe daher eines Rechtsrahmens, der „Konkretisierungen oder Einschränkungen zur Lenkung der Intensität, der Häufigkeit und der Selektivität der Kontrollen“ vorsehe.<sup>252</sup> Die im Erlass zu § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG etablierte Pflicht, Lagebilder zu erstellen, aus denen sich nicht nur Kriterien für die Adressatenauswahl ergeben sollen, sondern anhand derer auch über Intensität und Häufigkeit der Kontrollen zu entscheiden ist,<sup>253</sup> stellt den Versuch des Innenministeriums dar, dieses Defizit prozedural auszugleichen.<sup>254</sup> Vor diesem Hintergrund kommt der dort vorgesehenen polizeilichen Konzeptpflicht die Funktion zu, die (aus der Perspektive des Unionsrechts) mangelnde Begrenzungsfunktion der gesetzlichen Eingriffsermächtigung aufzufangen.<sup>255</sup> Der Kompensationsanspruch polizeilicher Konzepte erschöpft sich hierin jedoch nicht. Vielmehr wird ihnen in der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung daneben auch die Aufgabe überantwortet, durch die Rückbindung an tatbestandskonkretisierende und ermessensleitende Lageerkenntnisse willkürliche Entscheidungen zu vermeiden und eine nachlaufende gerichtliche Kontrolle möglich zu machen.<sup>256</sup> Neben der Begrenzungsfunktion sollen polizeiliche Konzepte demnach auch die Gleichheits- und Kontrollfunktion des Gesetzes übernehmen. Insbesondere eine Orientierungsfunktion für die Betroffenen wird ihnen hingegen nicht zu-

---

voraussetzt. Das BVerfG scheint der Leistungsfähigkeit des Erfordernisses polizeilicher Lageerkenntnisse hingegen skeptisch gegenüberzustehen, weil diese „weder verfahrensrechtlich noch inhaltlich näher bestimmt“ seien (BVerfGE 150, 309 [337]) und „erst durch eine behördliche Konkretisierung nähere Konturen“ erhielten (BVerfGE 150, 244 [303]).

<sup>250</sup> *H. Schulze-Fielitz*, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (429); der Sache nach ebenso *H.-H. Trute*, *Die Verwaltung* 36 (2003), S. 501 (519f.); siehe auch *U. Volkmann*, *NVwZ* 2009, S. 216 (221).

<sup>251</sup> EuGH, Urt. v. 21.06.2017, Rs. C-9/16, Rn. 29ff.; dazu *T. Grob*, *NVwZ* 2016, S. 1678.

<sup>252</sup> EuGH, Urt. v. 21.06.2017, Rs. C-9/16, Rn. 59; ausführlich *F. Michl*, *DÖV* 2018, S. 50 (55 ff.).

<sup>253</sup> So ausdrücklich Bundesministerium des Innern, Erlass zur Anwendung von § 23 Absatz 1 Nummer 3 Bundespolizeigesetz (BPolG) v. 7.3.2016, *GMBL* 2016, Nr. 10, S. 203.

<sup>254</sup> Das BVerfG hält diesen Versuch für geglückt, siehe BVerwG, *NVwZ* 2020, S. 382; a. *A. F. Michl*, *DÖV* 2018, S. 50 (58); kritisch auch *A. Nachbaur*, *VBIBW* 2021, S. 55 (58).

<sup>255</sup> Für andere polizeiliche Konzeptpflichten ebenso VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, *juris*, Rn. 220; *H.-H. Trute*, *Die Verwaltung* 36 (2003), S. 501 (519).

<sup>256</sup> Insbes. zur Kontrollfunktion *M. Schütte*, *ZRP* 2002, S. 393 (398); *H.-H. Trute*, *Die Verwaltung* 36 (2003), S. 501 (519).

geschrieben,<sup>257</sup> und auch den Anspruch, die mangelnde Legitimationsfunktion des Gesetzes zu kompensieren, erheben sie nicht.

*cc) Speicherbefugnisse nach dem Antiterrordateigesetz*

Im Rahmen seiner Überprüfung der Speicherbefugnisse nach dem Antiterrordateigesetz hat sich zuletzt auch das BVerfG für ungeschriebene Konzeptpflichten der Polizei- und Sicherheitsbehörden ausgesprochen.<sup>258</sup> Um auszugleichen, dass das Gesetz einige der in der Antiterrordatei zu speichernden Merkmale lediglich in offenen und stark konkretisierungsbedürftigen Formulierungen umschreibe, müsse der Gesetzgeber – so fordert das BVerfG unter ausdrücklichem Verweis auf die oben skizzierte Rechtsprechung des Sächs-VerfGH – sicherstellen, „dass die Verwaltung die für die Anwendung der Antiterrordatei im Einzelfall maßgeblichen Vorgaben und Kriterien in abstrakt-genereller Form festlegt“,<sup>259</sup> diese „verlässlich dokumentiert“<sup>260</sup> und sie zudem „in einer vom Gesetzgeber näher zu bestimmenden Weise veröffentlicht“.<sup>261</sup> Erforderlich sei all das, um zu kompensieren, dass sich die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe nicht „im Wechselspiel von Verwaltungsakt und gerichtlicher Kontrolle vollzieh[en]“ könne und damit „ein zentraler Mechanismus notwendiger Begrenzung unbestimmter Befugnisnormen weitgehend aus[falle]“, weil die Betroffenen von der Speicherung regelmäßig nichts erfahren.<sup>262</sup> Nur auf diese Weise lasse sich „einer uferlosen oder missbräuchlichen Anwendung der Vorschrift“ vorbeugen, die entsprechende Befugnis der Verwaltung einhegen und die Kontrolle, insbesondere durch Datenschutzbeauftragte gewährleisten.<sup>263</sup> Nicht nur die mangelnde Begrenzungsfunktion, sondern auch die eingeschränkte Gleichheits- und Kontrollfunktion der materiell-rechtlichen Vorgaben sollen die Konzeptpflichten nach der Vorstellung des BVerfG folglich ausgleichen. Deutlicher als ihre landesverfassungsgerichtlichen Vorbilder heben die Karlsruher Richter dabei allerdings hervor, dass nicht allein die Konkretisierungsbedürftigkeit der entsprechenden Befugnistatbestände den Ausgleich notwendig macht, sondern erst deren Zusammenwirken mit der Heimlichkeit der durch sie ermöglichten Eingriffsmaßnahmen den Kompensationsbedarf erzeugt.

<sup>257</sup> Pointiert *M. Schütte*, ZRP 2002, S. 393 (398): „Kein kontrollierter Bürger weiß überhaupt, was ein grenzpolizeiliches Lagebild ist und erst recht nicht, was für ein Lagebild im Zeitpunkt der laufenden Kontrolle durch den Bundesgrenzschutz angenommen wird.“; siehe ferner *K. Waechter*, DÖV 1999, S. 138 (142).

<sup>258</sup> BVerfGE 133, 277 (357f.).

<sup>259</sup> BVerfGE 133, 277 (357).

<sup>260</sup> BVerfGE 133, 277 (357).

<sup>261</sup> BVerfGE 133, 277 (358).

<sup>262</sup> BVerfGE 133, 277 (357).

<sup>263</sup> BVerfGE 133, 277 (358).

## d) Umweltrecht

Die im Polizeirecht demnach durchaus verbreitete Strategie, der im Bereich der Gefahrenvorsorge unumgänglichen Unschärfe gesetzlicher Steuerung durch Konzeptpflichten entgegenzuwirken, findet im Umweltrecht, genauer: im Immissionsschutzrecht, einen entscheidenden Vorläufer und Wegbereiter.<sup>264</sup> Ähnlich wie die skizzierten polizeirechtlichen Tatbestände nimmt § 5 Abs. 1 BImSchG Anlagenbetreiber nicht erst dann in die Pflicht, wenn von deren Anlagen konkrete (Umwelt-)Gefahren ausgehen, sondern verpflichtet sie darüber hinaus ausdrücklich, Vorsorgemaßnahmen gegen das Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen zu treffen. Getragen ist dieses Bekenntnis zum Vorsorgegedanken von der doppelten Einsicht, dass sich „Wahrscheinlichkeitsurteile über die Schädlichkeit von Stoffen [...] angesichts der Zahl der Stoffe, ihrer möglichen kumulativen und synergistischen Effekte und dem Stand der Wirkungsforschung allenfalls in begrenztem Umfang treffen“<sup>265</sup> lassen und eine Individualzurechnung schädlicher Umwelteinwirkungen oftmals scheitert, weil angesichts der räumlichen und zeitlichen Fernwirkungen von Schadstoffabgaben in die Luft eine Vielzahl nicht mehr individualisierbarer Emittenten in diffuser Weise zusammenwirkt.<sup>266</sup> Der Vorsorgegedanke antwortet auf diese Ungewissheiten in Bezug auf Schadenseintritt, -umfang und die zugrundeliegenden Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge mit einer gleich mehrfachen, teils unfreiwilligen Entgrenzung und Öffnung der umweltrechtlichen Tatbestände. So wirft der mit dem Vorsorgegedanken notwendig verbundene Verzicht auf das Gefahrerfordernis erstens die Frage nach einer alternativen, aber niedrigeren Eingriffsschwelle auf;<sup>267</sup> zweitens verliert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insofern an begrenzender Kraft, als sich dort, wo über drohende Schäden und Verursachungsbeiträge Unklarheit besteht, auch die für ihn maßgebliche Relation zwischen dem Beitrag, den eine Maßnahme zur Umweltvorsorge leistet, und der mit ihr verbundenen Belastung für den individuellen Eingriffsadressaten nicht klar bestimmen lässt;<sup>268</sup> und drittens erschöpft sich Vorsorge –

<sup>264</sup> Im polizeirechtlichen Kontext verweisen auf das Umweltrecht etwa *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 293; *C. Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (387) und – ihm folgend – VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 220 sowie *H. Schulze-Fielitz*, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (429); *H.-H. Trute*, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (410); *ders.*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501 (520).

<sup>265</sup> *H.-H. Trute*, NuR 1989, S. 370 (371); vgl. auch *E. Hagenab*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 23 f.

<sup>266</sup> *O. Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 264 (284); *H.-H. Trute*, NuR 1989, S. 370 (371); in der umweltrechtlichen Diskussion werden diese Effekte als sog. Summations- bzw. Distanzschäden bezeichnet.

<sup>267</sup> Zur entgrenzenden Funktion auch *E. Hagenab*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 25.

<sup>268</sup> *U. Di Fabio*, in: Festschrift für W. Ritter, 1997, S. 807 (830 ff.); *F. Petersen*, Schutz und Vorsorge, 1993, S. 281.



anders als Gefahrenabwehr – nicht in punktuellen Unterlassungspflichten zur Absicherung des Status quo, sondern setzt regelmäßig positive, gestaltende Maßnahmen voraus, deren konkrete Form sich dem Begriff der Vorsorge allein nicht entnehmen lässt.<sup>269</sup>

An der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht lässt sich diese allgemeine Diagnose illustrieren: § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG verzichtet auf eingrenzende Tatbestandsmerkmale und verpflichtet alle Anlagenbetreiber zur Vorsorge, ohne dies an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen; er lässt Art und Ausmaß der zu treffenden Vorsorgemaßnahmen weitgehend im Dunkeln;<sup>270</sup> und er sieht sich – wie das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich betont<sup>271</sup> – angesichts der skizzierten Schwierigkeiten jedenfalls im Hinblick auf den Ferntransport von Luftschadstoffen gezwungen, mit einem generalisierenden Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu operieren, der zur Bestimmung der Grenzen der Vorsorgepflicht gerade nicht auf die individuelle Anlage abstellt,<sup>272</sup> sondern danach fragt, „welche Emissionsbegrenzung künftig von *allen* Anlagen über einen beträchtlichen Zeitraum hinweg als angemessene Vorsorge verlangt“<sup>273</sup> werden darf. Dass sich die derart verallgemeinerte Verhältnismäßigkeitsfrage im Rahmen der Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG auf den jeweiligen Einzelfall nicht entscheiden lässt, liegt auf der Hand.<sup>274</sup> Der Versuch, die Entwicklung anlagenübergreifender Standards der Einzelfallanwendung zu überlassen, liefe Gefahr, uneinheitliche Antworten auf eine gemeinsame Frage zu provozieren.<sup>275</sup> Fällt aber der individualisierte „kleine Verhältnismäßigkeitsstest“ aus und übersteigt der anlagenübergreifende „große Verhältnismäßigkeitsstest“<sup>276</sup> die Möglichkeiten der Einzelfallanwendung, so droht § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG das

<sup>269</sup> Siehe nur *D. Grimm*, KritV 1986, S. 38 (39f.).

<sup>270</sup> *F. Ossenbühl*, NVwZ 1986, S. 161 (163): „keine eindeutige Aussage über einen vollziehbaren positiven Gehalt des Vorsorgegebotes“.

<sup>271</sup> BVerwGE 69, 37 (45).

<sup>272</sup> Besonders deutlich *F. Ossenbühl*, NVwZ 1986, S. 161 (168): „Vorsorge an der Quelle erfordert eine Generalisierung, die auf den Schadensbeitrag des einzelnen Unternehmens nicht mehr abstellen kann. Alle Emittenten werden als Gemeinschaft der Verursacher gleichmäßig in Anspruch genommen, ohne Rücksicht auf ihren individuellen Tatbeitrag. Jeder haftet gleichsam anteilig. Nur der Gleichheitssatz kann hier noch schützende Wirkung entfalten [...]“.

<sup>273</sup> BVerwGE 69, 37 (45) (Hervorhebung hinzugefügt); siehe auch *K.-P. Dolde*, NVwZ 1986, S. 873 (878) sowie für den Verhältnismäßigkeitsstest im Rahmen der Bestimmung des Stands der Technik *R. Breuer*, NVwZ 2016, S. 822 (825) m. w. Nachw.

<sup>274</sup> Ebenso BVerwGE 69, 37 (45); *R. Wahl/I. Appel*, in: *Wahl* (Hrsg.), *Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 1 (128f.).

<sup>275</sup> Vgl. *K.-P. Dolde*, NVwZ 1986, S. 873 (881): „Die einzelne Behörde wäre auch gar nicht in der Lage, die einheitliche und gleichmäßige Durchführung des Konzepts über ihren Zuständigkeitsbereich hinaus zu gewährleisten“.

<sup>276</sup> Zu kleinem und großem Maßstab der Verhältnismäßigkeit u. a. *U. Di Fabio*, in: *Festschrift für W. Ritter*, 1997, S. 807 (831); *K.-P. Dolde*, NVwZ 1986, S. 873 (881 mit und in Fn. 61); *H.-D. Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 5 Rn. 63; *F. Ossenbühl*, NVwZ 1986, S. 161 (167f.); *F. Petersen*, *Schutz und Vorsorge*, 1993, S. 286; zur vergleichbaren Problematik im vorsorge-

begrenzende Regulativ der Verhältnismäßigkeit gänzlich leerlaufen zu lassen. Nicht nur in der Rechtsprechung des BVerwG, sondern auch im Schrifttum wird vor diesem Hintergrund<sup>277</sup> die Notwendigkeit und die Pflicht der Verwaltung betont, das Vorsorgegebot im Hinblick auf die Fernwirkungen von Luftschadstoffabgaben mithilfe eines „langfristigen, auf eine einheitliche und gleichmäßige Durchführung angelegten Konzept[s]“<sup>278</sup> zu konkretisieren.<sup>279</sup> Insbesondere in der TA Luft und der 13. BImSchV über Großfeuerungsanlagen haben derartige Konzepte Ausdruck gefunden.<sup>280</sup>

Dass solche Vorsorgekonzepte den Anspruch erheben, die materielle Weite und Offenheit der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht zu kompensieren, wird zwar vergleichsweise selten ausdrücklich thematisiert.<sup>281</sup> Doch blickt man auf Inhalt und Funktionen der konkretisierenden Vorgaben, so bleibt für Zweifel an deren Ausgleichsintention kaum Raum. So definieren etwa sowohl die TA Luft als auch die 13. BImSchV anlagenübergreifende, stoffspezifische Emissionsgrenzwerte und konkrete technische Maßnahmen, die Anlagenbetreiber zur Emissionsminderung einhalten bzw. treffen müssen.<sup>282</sup> Mit der Anknüpfung an den Ausstoß enumerierter, für potentiell gefährlich erachteter Stoffe beantworten sie dabei die von § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ausgeblendete Frage, in welchen Fällen die Vorsorgepflicht überhaupt ausgelöst wird; mit der Bestimmung exakter Grenzwerte reagieren sie darauf, dass § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG auch im Hinblick auf das verlangte Maß der Vorsorge schweigt; und

---

orientierten Polizeirecht *M. Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 235 ff., insbes. 237; *R. Pitschas*, JZ 1993, S. 857 (864).

<sup>277</sup> Alternative, ergänzende Begründung der Konzeptpflicht indes bei *H.-D. Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 5 Rn. 48: Funktionale Offenheit der Vorsorgepflicht erfordert Konzept als Grundlage für die Anwendung im Einzelfall.

<sup>278</sup> BVerwGE 69, 37 (45).

<sup>279</sup> BVerwGE 69, 37 (45); BVerwG, NVwZ 2016, S. 79 (81); *J. Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 5 BImSchG Rn. 155 (Stand: 73. Erg.-Lfg. August 2014); *K. Hansmann*, NVwZ 1991, S. 829 (830); *ders./M. Ohms*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 17 BImSchG Rn. 81 (Stand: 82. Erg.-Lfg. Januar 2017); *H.-D. Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 5 Rn. 65; *E. Kutscheidt*, NVwZ 1984, S. 409 (410); *F. Ossenbühl*, NVwZ 1986, S. 161 (169); *F. Petersen*, Schutz und Vorsorge, 1993, S. 316 ff.; *H. P. Sander*, DVBl. 1985, S. 269 (273); *H.-H. Trute*, Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 1989, S. 66 f.; *R. Wahl/I. Appel*, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (129). Geschehen kann dies etwa durch Erlass einer Verwaltungsvorschrift nach § 48 BImSchG, einer Rechtsverordnung nach § 7 BImSchG oder einem Luftreinhalteplan nach § 47 BImSchG, siehe *J. Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 5 BImSchG Rn. 157 (Stand: 73. Erg.-Lfg. August 2014); *H.-D. Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 5 Rn. 65; zum Luftreinhalteplan als Vorsorgekonzept auch *H.-H. Trute*, NuR 1989, S. 370.

<sup>280</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2007, S. 1086 (1087) und NVwZ 1997, S. 497 (499) zur TA Luft.

<sup>281</sup> Siehe aber *C. Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (387), der von einem „gesetzlichen Rege- lungsausgleich in Form eines normativ verbindlichen Schutzkonzepts“ spricht; in diese Rich- tung auch *H.-H. Trute*, NuR 1989, S. 370 (371); vgl. ferner *R. Müller*, NuR 1986, S. 16 (20), der offenbar Bestimmtheitsmängel des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG durch das konkretisierende Konzept der 13. BImSchV ausgeglichen sieht.

<sup>282</sup> Siehe Nr. 5 TA Luft sowie §§ 4 ff. 13. BImSchV.

mit der Verpflichtung zur Vornahme konkreter emissionsmindernder Maßnahmen gleichen sie aus, dass der Vorsorgepflicht allein nicht zu entnehmen ist, auf welche Art und Weise das gebotene Vorsorgeniveau realisiert werden kann und soll.<sup>283</sup> Entsprechend dieser gleich mehrfachen Konkretisierungsleistung wird den technischen Regelwerken, in denen sich die entsprechenden Vorsorgekonzepte niederschlagen, nicht nur attestiert, die Gleichmäßigkeit und Berechenbarkeit des Gesetzesvollzugs zu gewährleisten<sup>284</sup> und folglich die eingeschränkte Gleichheits- und Orientierungsfunktion der gesetzlichen Vorsorgepflicht auszugleichen. Auch wird ihnen die dem § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG fehlende Steuerungsfunktion zugeschrieben.<sup>285</sup> Und als Substitut für die – wie gezeigt zahllose – einzelfallbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung wird den auf einheitliche Durchführung angelegten Vorsorgekonzepten auch die Begrenzungsfunktion zugetraut, die der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbst im Bereich der Vorsorge gegen Fernwirkungen zuweilen nicht erfüllen kann.<sup>286</sup>

#### e) Gesundheitsrecht

Im Gesundheitsrecht wird vergleichsweise selten ausdrücklich auf administrative Konzepte verwiesen. Auch für das Verfahren der krankenversicherungsrechtlichen Bewilligung medizinischer Behandlungsleistungen scheint deren Bedeutung demnach gering zu sein.<sup>287</sup> Indes stellt sich die von administrativen Konzepten bewältigte Aufgabe, offene gesetzliche Vorgaben einzelfallübergreifend und systematisch zu konkretisieren, gerade auch im Bereich des SGB V. Welche medizinischen Leistungen Vertragsärzte zu Lasten der Krankenversicherungen erbringen und abrechnen dürfen und auf welche Behandlungen und Heilmittel die Versicherten Anspruch haben, wird von den einschlägigen Gesetzesbestimmungen nur vage umschrieben: Sie müssen „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich“ sein,<sup>288</sup> ihre „Qualität und Wirksamkeit“ muss „dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ ent-

<sup>283</sup> Dieses Verhältnis von Grenzwerten und technischen Maßnahmen klingt an in BVerwG, NVwZ 2001, S. 1165 (1165).

<sup>284</sup> BVerwG, NVwZ 2007, S. 1086 (1086); NVwZ 2000, S. 440 (440) NVwZ 2001, S. 1165 (1165).

<sup>285</sup> Siehe BVerwGE 69, 37 (45): „Erst ein derartiges Konzept garantiert die angestrebte Minderung der Gesamtemissionen“.

<sup>286</sup> Deutlich *F. Ossenbühl*, NVwZ 1986, S. 161 (168): „Das ‚langfristige, auf eine einheitliche und gleichmäßige Durchführung angelegte Konzept‘ [...] ersetzt die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall.“; ebenso *R. Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 279. Vgl. auch BVerwGE 69, 37 (45) und *T. Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, § 5 BImSchG Rn. 115 sowie zum regelhaften Ausschluss der individuellen Verhältnismäßigkeitsprüfung auch BVerwG, NVwZ 1997, S. 497 (499); NVwZ 1995, S. 994 (996).

<sup>287</sup> Siehe aber *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 234 f.

<sup>288</sup> § 12 Abs. 1 S. 1 1. Hs. SGB V; ebenso § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V.

sprechen,<sup>289</sup> und „sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“.<sup>290</sup> Und auch der gesetzliche Anspruch auf (zahn-)ärztliche Behandlung, Versorgung mit Arznei- und Heilmitteln und Leistungen der medizinischen Rehabilitation beschränkt sich auf die Umschreibung allgemeiner Leistungsgattungen,<sup>291</sup> „ohne Kriterien auch nur dafür aufzustellen, welche Arten von [Behandlungen oder] Heilmitteln bei welchen medizinischen Indikationen beansprucht werden können“.<sup>292</sup>

Angesichts dieser „Vielzahl der in ihrer Verflechtung und wechselseitigen Abhängigkeit nur schwer verständlichen unbestimmten Rechtsbegriffe“ hat das Bundessozialgericht die einschlägigen Bestimmungen als „offene Wertungsnormen“ charakterisiert, zu deren Konkretisierung das SGB V einen „im weitesten Sinne ‚verfahrensrechtlichen‘ Weg“ beschreite.<sup>293</sup> An dessen Ende stehe zwar der behandelnde Kassenarzt, der über die im Einzelfall vorzunehmende Behandlung sowie die Verordnung konkreter Arznei- und Heilmittel entscheide und auf diese Weise den Leistungsanspruch des Versicherten und die Leistungspflicht der Versicherung gleichermaßen verbindlich konkretisiere.<sup>294</sup> Der

<sup>289</sup> § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V; ebenso § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V, § 135a Abs. 1 S. 2 SGB V.

<sup>290</sup> § 12 Abs. 1 S. 1 2. Hs. SGB V; ebenso § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V. Trotz der im Detail leicht abweichenden Formulierungen hält das BSG die Maßstäbe, die § 2 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und § 70 Abs. 1 SGB V für medizinische Leistungen definieren, für inhaltsidentisch, siehe BSGE 81, 54 (59f.).

<sup>291</sup> Siehe § 27 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3, 6, § 28 Abs. 1, 2, § 31 Abs. 1 S. 1, § 32 Abs. 1 S. 1 SGB V.

<sup>292</sup> BSGE 73, 271 (280).

<sup>293</sup> BSGE 73, 271 (280). Angesichts dieser Offenheit hat das BSG den gesetzlichen Anspruch auf Krankenbehandlung in seiner früheren Rechtsprechung als bloßes „Rahmenrecht“ bezeichnet, das nur einen „Anspruch dem Grunde nach“ vermittele, weil die einschlägigen Bestimmungen des SGB V „weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit tatbestandliche, d. h. inhaltlich (durch Auslegung) generell bestimmbare („subsumtionsfähige“) Voraussetzungen für einen gesetzlichen Anspruch des Versicherten auf Verschaffung eines bestimmten Heilmittels“ enthielten (so BSGE 73, 271 [279]). Zwischenzeitlich hat sich das BSG von dieser Charakterisierung als bloßes „Rahmenrecht“ und als „Anspruch dem Grunde nach“ ausdrücklich distanziert, betont indes weiterhin, dass sich „Reichweite und Gestalt“ des entsprechenden Anspruchs „erst aus dem Zusammenspiel mit weiteren gesetzlichen und untergesetzlichen Rechtsnormen“ ergeben (so BSGE 117, 10 [12]; 124, 1 [3]; 125, 283 [286]), siehe dazu *P. Axer*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 7; *ders.*, GesR 2015, S. 641 (641f.); *A. Propp*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 12 Rn. 83f.

<sup>294</sup> Siehe nur BSGE 73, 271 (280f.); *P. Axer*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 5; *J. Nimis*, Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 60; *C. Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012, S. 177; ausführlich zum zugrundeliegenden sog. Rechtskonkretisierungskonzept *G. Schwerdtfeger*, NZS 1998, S. 49; *ders.*, NZS 1998, S. 97. Nach vorherrschender Interpretation erlangt der Vertragsarzt mit dieser Befugnis zur verbindlichen Konkretisierung der geschuldeten Gesundheitsleistung die Stellung eines Beliehenen, dazu kritisch *V. Neumann*, SGB 1998, S. 609 (612); *A. Propp*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 12 Rn. 38ff.; *F. E. Schnapp*, NZS 2001, S. 337 (339f.); differenzierend *R. Steege*, in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 517 (523ff.).

erste Schritt zur Bestimmung der sozialrechtlichen Leistungsansprüche und -pflichten bestehe allerdings in der Aufgabe des Gemeinsamen Bundesausschusses, „durch Richtlinien [...] abstrakt-generelle Maßstäbe aufzustellen, fortzuschreiben und u. a. jederzeit zu korrigieren, nach denen das im Einzelfall medizinisch Notwendige sowie dessen Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit zu beurteilen ist“.<sup>295</sup>

Von einer administrativen Konzeptpflicht ist diese Aufgabe kaum zu unterscheiden – inhaltlich nicht, weil die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses Kriterien und Maßstäbe bereitstellen, die den offenen Gesetzesbestimmungen des SGB V präzisere Konturen verleihen, sie dadurch mit konkreten Inhalten füllen und zuweilen gar umfassende Behandlungskonzepte entwerfen, die unterschiedliche Heilmaßnahmen aufeinander abstimmen,<sup>296</sup> und formal nicht, weil der Gemeinsame Bundesausschuss als Organ der gemeinsamen Selbstverwaltung der gesundheitsrechtlichen Leistungsträger und -erbringer Teil der (mittelbaren Staats-)Verwaltung ist,<sup>297</sup> sodass sich die von ihm beschlossenen Richtlinien als Form administrativer Selbstprogrammierung darstellen.<sup>298</sup> Jedenfalls im Bereich der Gesundheitsleistungen steht es zudem auch nicht im Ermessen des Gemeinsamen Bundesausschusses, ob er von dieser Selbstprogrammierungsbefugnis Gebrauch macht. Vielmehr „soll“ er auf den in § 92 Abs. 1 S. 2 SGB V genannten Gebieten Richtlinien erlassen, sodass er im Regelfall zum Richtlinienenerlass verpflichtet ist.<sup>299</sup>

<sup>295</sup> BSGE 73, 271 (280); auch in § 92 Abs. 1 S. 1 SGB V und Kap. 4 § 3 Abs. 1 S. 2 VerfO GBA ist dieser Konkretisierungsauftrag schon klar ausgesprochen; nach § 3 Abs. 2 obliegt in diesem Rahmen auch die Ermittlung des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnis dem Gemeinsamen Bundesausschuss.

<sup>296</sup> Siehe etwa die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung („Mutterschafts-Richtlinien“) v. 10.12.1985.

<sup>297</sup> Vgl. dazu nur *M.-E. Geis*, in: Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 2001, S. 65 (74 ff.); knapp auch *C. Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012, S. 116; siehe auch *T. Holzner*, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie, 2016, S. 380 ff., der statt von gemeinsamer Selbstverwaltung zwar von gruppenpluraler Konsensverwaltung spricht, den GBA aber ungeachtet dessen der mittelbaren Staatsverwaltung zuordnet; instruktiv zum Konzept gemeinsamer Selbstverwaltung *P. Axer*, in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339 (340 ff.).

<sup>298</sup> Dass die Richtlinien darüber hinaus auch für die Versicherten Rechtswirkungen erzeugen, steht dem nicht entgegen, zeigt indes, dass sich deren Wirkung nicht in der Selbstprogrammierung erschöpft; siehe zu Verbindlichkeit (und der damit verbundenen Frage nach der Rechtsnatur) der Richtlinien ausführlich *K. Ziermann*, Inhaltsbestimmung und Abgrenzung der Normsetzungskompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Bewertungsausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2007, S. 122 ff., insbes. 132 ff., 137; *C. Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012, S. 74 ff.; zu den Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen sowie demjenigen der Zahnärzte und Krankenkassen vor Einführung des GBA auch *P. Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 117 ff., 129.

<sup>299</sup> *W. Kluth*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspek-

Eine Kompensationsfunktion für die Schwächen der materiell-rechtlichen Direktiven des SGB V wird den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses – soweit ersichtlich – zwar nicht ausdrücklich zugeschrieben. Erkennbar beruht das skizzierte „Rechtskonkretisierungskonzept“ jedoch auf der Annahme, das Gesetzesrecht bedürfe der Ergänzung durch die insofern defizitausgleichenden Richtlinien des Bundesausschusses.<sup>300</sup> Die konkrete Funktion der GBA-Richtlinien wird dabei darin gesehen, die „Einheitlichkeit der Rechtsanwendung über die Kassen- und Landesgrenzen hinweg“ sicherzustellen<sup>301</sup> und auf diese Weise die Gleichbehandlung der Versicherten zu gewährleisten.<sup>302</sup> Vor allem insofern, als der Gemeinsame Bundesausschuss in seinen Richtlinien den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse konkretisiert, generiert er zudem auch das hierfür erforderliche Wissen.<sup>303</sup> Den einzelnen Leistungserbringern nimmt er die anspruchsvolle, aber zur Anwendung der gesetzlichen Grundlagen unverzichtbare Aufgabe der Wissensgenerierung damit ab.<sup>304</sup> Zugleich trägt er damit zur Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns der Krankenkassen für Ärzte und Arzneimittelanbieter bei.<sup>305</sup> Angesichts der Vagheit der gesetzlichen Direktiven werden die Gleichheits-, Entlastungs- und Orientierungsfunktion des Gesetzes demnach den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Erfüllung anvertraut. Und auch die gesetzestypische Begrenzungsfunktion, die im Kontext der Leistungsverwaltung unter umgekehrten Vorzeichen wiederkehrt, wird den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses überantwortet: Indem ihnen überlassen wird, die Ansprüche des Versicherten verbindlich zu konkretisieren, grenzen sie staatliche und gesellschaftliche Sphäre voneinander ab und limitieren sie die Freiheit der hoheitlichen Leistungsträger, durch Untätigkeit auf die Freiheitsräume der Versicherten einzuwirken. Anders als den administrativen Konzepten in vielen an-

---

tive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, 2015, S. 48; R. Schmidt-De Caluwe, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 92 Rn. 2.

<sup>300</sup> Besonders deutlich wird das in der ursprünglichen Rechtsprechung zum Rahmenrecht, in der das BSG davon ausgeht, die gesetzlichen Tatbestände seien unvollständig und damit ergänzungsbedürftig, siehe BSGE 73, 271 (279f.).

<sup>301</sup> BVerfGE 106, 275 (305); siehe auch R. Schmidt-De Caluwe, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 92 Rn. 1.

<sup>302</sup> BVerfGE 106, 275 (308f.); 115, 25 (46); siehe auch BSGE 86, 54 (56); E. Hauck, NZS 2010, S. 600 (601); V. Saalfrank/S. Wesser, NZS 2008, S. 17 (25).

<sup>303</sup> W. Kluth, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, 2015, S. 57 ff.; C. Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 216 f.; vgl. auch R. Hess, GesR 2011, S. 588 sowie S. Rixen, MedR 2008, S. 24 (zum diesbezüglichen Zusammenspiel von GBA und IQWiG).

<sup>304</sup> Vgl. W. Kluth, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, 2015, S. 60, der sich insofern auf BVerfGE 106, 275 (306f.) beruft.

<sup>305</sup> BVerfGE 106, 275 (309); E. Hauck, NZS 2010, S. 600 (611); V. Saalfrank/S. Wesser, NZS 2008, S. 17 (25).

deren Bereichen wird den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses allerdings nicht der Anspruch attestiert, durch die Bereitstellung konkretisierter Entscheidungsmaßstäbe eine gerichtliche Kontrolle erst zu ermöglichen. Ausgehend von der Feststellung, dass die durch die Richtlinien konkretisierten unbestimmten Rechtsbegriffe („ausreichend“, „zweckmäßig“, „wirtschaftlich“, „allgemein anerkannter Stand der medizinischen Erkenntnis“) voller gerichtlicher Kontrolle unterliegen,<sup>306</sup> ist das nur konsequent.

*f) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch administrative Konzepte*

In der Gesamtschau zeichnet dieser Überblick ein differenziertes Bild. Zwar hat die Überzeugung, dass sich die Schwächen materiell-rechtlicher Vorgaben durch administrative Konzepte prozedural kompensieren lassen, in allen Referenzbereichen Niederschlag gefunden. Doch antworten die in ihnen anzutreffenden Konzepte auf unterschiedliche Schwächen: Wo die Offenheit des materiellen Rechts aus unbestimmten Rechtsbegriffen herrührt, dienen Konzepte deren Konkretisierung; wo die gesetzliche Programmierung Abwägungen verlangt, statt klare Handlungsvorgaben zu fixieren, bestimmen Konzepte die maßgeblichen Faktoren und Gewichtungen; und wo das Gesetz der Verwaltung Ermessensbefugnisse einräumt, liefern Konzepte ermessenlenkende Kriterien. Und auch die konkreten (funktionalen) Defizite des Gesetzes, die sie dabei auszugleichen beanspruchen, decken sich nicht. Durchweg betont wird allein die Erwartung, die Selbstbindung an administrative Konzepte gewährleiste einen gleichheitsgerechten Gesetzesvollzug und wirke willkürlichen Verwaltungsentscheidungen entgegen. Die Intention, den Verwaltungsvollzug zur Erhaltung der Orientierungsfunktion des Gesetzes vorhersehbarer und berechenbarer zu machen, wird ihnen immerhin noch weitgehend, aber – wie das Beispiel des Polizeirechts zeigt – nicht überall zugesprochen. Insbesondere dort, wo im Hinblick auf die Konkretisierung offener Gesetzesnormen administrative Letztentscheidungsbefugnisse bestehen, verspricht sich die Verwaltungsrechtslehre von administrativen Konzepten zusätzliche (materielle) Maßstäbe für eine gerichtliche Kontrolle. Eine Steuerungs-, Entlastungs- oder Legitimationsfunktion wird ihnen hingegen nur vereinzelt attestiert. Und selbst in Bereichen,

<sup>306</sup> Jedenfalls in all den Fällen, in denen keine konkretisierenden Richtlinien vorliegen, bestehen im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolldichte nach vorherrschender Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum keine Einschränkungen, siehe BSG, SozR 2200 § 192 Nr. 93; *J. Jousen*, in: Rolfs u. a. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, § 12 SGB V Rn.2 und *K. Scholz*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn.5. Dessen ungeachtet steht dem Gemeinsamen Bundesausschuss im Hinblick auf das Kriterium der Wirtschaftlichkeit ein Beurteilungsspielraum zu, siehe BSGE 96, 261 (280ff.); zum Ganzen *R. Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 92 Rn.20f. sowie ausf. *D. Roters*, Die gebotene Kontrolldichte bei der gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, 2003.

deren Grundrechtsbezug vergleichbar ist, wird der Anspruch, mithilfe administrativer Konzepte die staatliche (Eingriffs-)Tätigkeit im Sinne einer Begrenzungsfunktion einzuhegen, nur sporadisch betont.

### 3. Pflichten zur Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen

Im Kreis kompensatorischer Verfahrenelemente haben neben administrativen Konzeptpflichten zweitens auch solche Normen einen festen Platz, die die Verwaltung zur Ermittlung – und zuweilen auch zur Beschreibung und Bewertung – ihrer Entscheidungsgrundlagen verpflichten. So zählt es im Kontext administrativer Letztentscheidungsbefugnisse schon lange zum gesicherten Stand verwaltungsrechtlicher Dogmatik, dass die Entscheidungsspielräume, die der Verwaltung im Falle von Ermessens-, Abwägungs- und Beurteilungermächtigungen verbleiben, durch eine gerichtliche Kontrolle kompensiert werden (sollen), die angesichts des Fehlens eindeutiger materiell-rechtlicher Vorgaben in den Blick nimmt, ob alle relevanten Tatsachen zutreffend und vollständig ermittelt und unter Beachtung anerkannter Bewertungsmaßstäbe zutreffend gewichtet wurden.<sup>307</sup> Auf das Handlungsprogramm der Verwaltung wirkt diese prozedurale Wendung des verwaltungsgerichtlichen Kontrollprogramms unmittelbar zurück: Gibt das materielle Recht nur einen ausfüllungsbedürftigen

<sup>307</sup> Allgemein: *G. Ollinger*, Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilferecht, 2019, S. 46; in Bezug auf die Abwägungskontrolle beim Planungsermessen: *P. Offenbacher*, Die Regulierung des Vectoring, 2019, S. 247; *M. Oldiges/R. Brinktrine*, in: Steiner/Brinktrine (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 3 Rn. 42; *K.-U. Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 114 VwGO Rn. 199 (Stand: 36. Erg.-Lfg. Februar 2019) sowie *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 295; *R. Käß*, Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der Planerhaltung, 2002, S. 177; *G. F. Schuppert*, Gute Gesetzgebung, 2003, S. 62 ff. insbes. 63 f.; *M. Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, Stand: 59. Ed. 01.01.2023, § 40 Rn. 104; siehe auch *H. Schulze-Fielitz*, JZ 1993, S. 772 (777): Rücknahme der Kontrolldichte werde kompensiert, indem überprüft werde, ob das Verwaltungsverfahren eine „Gewähr für eine umfassende Ermittlung aller für die Verwaltungsentscheidung bedeutsamen Abwägungsgesichtspunkte“ biete; ähnlich *M.-E. Geis*, in: Ziekow (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, S. 97 (106); *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 43 f.; mit ausdrücklichem Bezug auf das Regulierungsermessen *J. Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 301; für das gewöhnliche Verwaltungsermessen eine entsprechende Kompensation erwägend *M. Bullinger*, JZ 1984, S. 1001 (1006); verallgemeinernd auch *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 20 f. m. w. Nachw.; *W. Hoffmann-Riem/A. Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 12 Rn. 165; ähnlich, aber ohne Nennung der Kontrollmaßstäbe *A. Bleckmann*, Ermessensfehlerlehre, 1997, S. 167: Gesetzliche Unbestimmtheit werde durch gerichtliche Kontrolle kompensiert; aus entgegengesetzter Perspektive für ein entsprechendes Kompensationsverhältnis auch *K.-P. Dolde*, NVwZ 2006, S. 857 (862 f.); sehr allgemein *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 175; noch häufiger als im deutschen Recht wird dieser Kompensationszusammenhang im Unionsrecht betont, siehe etwa *M. Eekhoff*, Die Verbundaufsicht, 2006, S. 249; *W. Kahl*, VerwArch 95 (2004), S. 1 (10); *W. Schroeder/J. Sild*, EuZW 2014, S. 12 (16); *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 161.



Rahmen vor, innerhalb dessen es der Verwaltung die verbindliche Letztentscheidung überlässt, so tritt die Verpflichtung zur umfassenden Identifikation der maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen an die Stelle fehlender materieller Vorgaben. Nicht nur aus der Kontrollperspektive gewinnt die (Verfahrens-) Pflicht zur Ermittlung aller für die Entscheidung bedeutsamen Umstände demnach kompensatorische Züge.

Im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes und der Länder ist dieser Zusammenhang erkennbar angelegt. So verpflichtet § 24 VwVfG die Verwaltungsbehörden zwar auch dann zur umfassenden Sachverhaltsermittlung, wenn die gerichtliche Kontrollichte nicht durch administrative Letztentscheidungsbefugnisse beschränkt wird. Allerdings bleiben Ermittlungsfehler bei gebundenen Entscheidungen ohne Beurteilungsspielräume dank § 46 VwVfG stets folgenlos.<sup>308</sup> Entspricht die Behördenentscheidung trotz fehlerhafter Sachverhaltsermittlung (gewissermaßen zufällig) dem vom Verwaltungsgericht als einzig rechtmäßig erkannten Inhalt, so schließt § 46 VwVfG eine Aufhebung aus; entspricht sie ihm nicht, genügt die materiell-rechtliche Unrichtigkeit, um die Behördenentscheidung aufzuheben.<sup>309</sup> Fehler in der behördlichen Sachverhaltsermittlung werden so in beiden Fällen von der materiell-rechtlichen Bewertung der Entscheidung überlagert. Selbststand entwickelt die behördliche Ermittlungspflicht daher erst dort, wo das materielle Recht der Verwaltung Spielräume belässt und daher weder Kontroll- noch Handlungsmaßstäbe bietet.<sup>310</sup> Wenn und soweit materielle Entscheidungsdirektiven fehlen, tritt die derart erstarkte (Verfahrens-)Pflicht zu umfassender Sachverhaltsermittlung an die Stelle der sie zuvor überlagernden materiell-rechtlichen Vorgaben.

Ausgehend von diesen Überlegungen lässt sich der kompensatorische Anspruch administrativer Ermittlungspflichten überall dort ausmachen, wo die gerichtliche Kontrolle angesichts administrativer Letztentscheidungsbefugnisse darauf ausweicht, die Sachverhaltsermittlung und -bewertung durch die Verwaltung zu überprüfen. Beispiele hierfür finden sich nicht nur im öffentlichen Wirtschaftsrecht (dazu lit. a), sondern auch im Umwelt- (dazu lit. c) und Gesundheitsrecht (dazu lit. d). Und auch im Polizeirecht wird derartigen Pflichten zur vollständigen Ermittlung und zutreffenden Gewichtung der Entscheidungsgrundlagen eine Ausgleichsfunktion zugeschrieben – mit behördlichen Beurteilungsermächtigungen steht sie hier indes nicht immer in Verbindung (dazu lit. b).

<sup>308</sup> § 46 VwVfG wird daher vielfach als Ausdruck der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens verstanden, siehe etwa *J. Greim*, Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht, 2013, S. 25, 28 f.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 25 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

<sup>309</sup> Vgl. zu diesem Zusammenhang *M. Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl. 2023, § 46 Rn. 60 ff., 66 f.

<sup>310</sup> Dieser Befund beschränkt sich freilich nicht auf die behördliche Ermittlungspflichten, sondern erstreckt sich auf alle von § 46 VwVfG erfassten Verfahrenspflichten.

## a) Öffentliches Wirtschaftsrecht

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht räumt der Verwaltung in allen hier untersuchten Gebieten Letztentscheidungsbefugnisse ein. Im Vergaberecht genießt die Vergabestelle im Hinblick auf Auswahl und Anwendung der Eignungs- und Zuschlagskriterien einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbareren Wertungsspielraum;<sup>311</sup> im Telekommunikationsregulierungsrecht steht der Bundesnetzagentur auf Tatbestandsebene ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich Marktdefinition und -analyse und im Hinblick auf die Regulierungsverfügung zudem ein umfassendes Regulierungsermessen zu;<sup>312</sup> und im Personenbeförderungsgesetz liegt die letztverbindliche Konkretisierung und Gewichtung der für die Erteilung von Beförderungsgenehmigungen maßgeblichen öffentlichen Verkehrsinteressen ebenfalls in administrativer Hand.<sup>313</sup> Dass das Gesetz den Inhalt der behördlichen Entscheidungen innerhalb der damit eingeräumten Spielräume nicht vorzeichnet, hat in all diesen Fällen zur Konsequenz, dass die gerichtliche Kontrolle sich (auch) darauf konzentriert, ob die Behörde die maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen vollständig ermittelt und zutreffend gewichtet hat. Die vergaberechtliche Rechtsprechung greift hierzu ausdrücklich auf die verwaltungsrechtliche Beurteilungsfehlerlehre zurück,<sup>314</sup> die regulierungsrechtliche Judikatur entlehnt die entsprechenden Maßstäbe der planungsrechtlichen Abwägungsfehlerlehre,<sup>315</sup> und auch im Personenbeförderungsgesetz formuliert das BVerwG, im Rahmen der „abwägende[n] (planerische[n]) Entscheidung“ obliege es der Behörde, „die örtlichen und überörtlichen Verkehrsbedürfnisse zu ermitteln und zu bewerten, um dann zu entscheiden, ob und in

<sup>311</sup> BGHZ 199, 327 (344) – bzgl. Eignung; BGH, NZBau 2017, S. 366 (371) – bzgl. Zuschlag; *M. Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 122 GWB Rn. 10; *M. Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 127 GWB Rn. 88; siehe auch *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 209: „Gestaltungsspielraum“, 211 f.; ausführlich zur Problematik *R. Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht, 2014, S. 130 ff.; *A. Suermann*, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung im Vergaberecht, 2005, S. 115 ff.; eingehend und differenzierend auch *C. Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 522 ff.

<sup>312</sup> BVerwGE 130, 39 (48); BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1364); NVwZ 2009, S. 653 (658); NVwZ 2010, S. 1359 (1361); beiläufig erwähnt auch in BVerwG, NVwZ 2008, S. 798 (799); offenlassend noch BVerwGE 120, 263 (265); kritisch *K. F. Gärditz*, NVwZ 2009, S. 1005 (1006 ff.); (im Grundsatz) zustimmend hingegen *M. Ludwigs*, JZ 2009, S. 290 (296); *A. Proelß*, AöR 136 (2011), S. 402 (420 ff.).

<sup>313</sup> BVerwGE 82, 260 (265); 135, 198 (208); im Anschluss daran auch VGH Mannheim, BeckRS 2003, 25650 Rn. 24; NVwZ-RR 2009, S. 720 (724); OVG Magdeburg, BeckRS 2008, 32749 Rn. 10; siehe auch *M. Bauer*, Personenbeförderungsgesetz, 2010, § 13 Rn. 34; *T. Grätz*, in: Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz, § 13 Rn. 26, 28 (Stand: Dezember 2012).

<sup>314</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 310.

<sup>315</sup> BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1364); NVwZ 2010, S. 1359 (1361); NVwZ 2014, S. 1034 (1036); dazu *J. Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (327); *ders.*, Die Verwaltung 46 (2013), S. 87 (93); *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (406 f.) sowie *T. Mayen*, NVwZ 2008, S. 835 (836 ff.).

welchem Maße sie befriedigt werden können und sollen“<sup>316</sup>. Sofern damit an Beurteilungs- und Abwägungsfehlerlehre angeknüpft wird, greifen Vergabe-, Regulierungs- und Personenbeförderungsrecht auf dogmatische Figuren zurück, die gemeinhin als Ausdruck des Kompensationsgedankens verstanden werden.<sup>317</sup> Das Defizit, das die in ihnen enthaltenen Ermittlungspflichten prozedural auszugleichen beanspruchen, wird dabei regelmäßig in der reduzierten Dichte gerichtlicher Kontrolle gesehen.<sup>318</sup> Die erstarkten, ansonsten durch das materielle Recht verdeckten Ermittlungspflichten beanspruchen demnach Kompensation dafür zu leisten, dass das materielle Recht die ihm zuge dachte Kontrollfunktion überall dort, wo es der Verwaltung die Befugnis zur letztverbindlichen Entscheidung einräumt, nicht mehr uneingeschränkt erfüllt.

Notwendigerweise provoziert die Frage nach einer vollständigen Ermittlung und zutreffenden Bewertung behördlicher Entscheidungsgrundlagen allerdings die Schwierigkeit, dass sich die Maßstäbe für die *Vollständigkeit* der Ermittlung und *Adäquanz* der Gewichtung ihrerseits nur aus dem materiellen Recht ableiten lassen.<sup>319</sup> Welche Umstände entscheidungsrelevant und welche Beurteilungsmaßstäbe anwendbar sind, beantwortet der Verweis auf die prozedurale Pflicht zur Ermittlung und Bewertung selbst nicht. Je größer die Spielräume sind, die das materielle Recht belässt, desto mehr verschwimmen daher auch die Konturen der behördlichen Ermittlungs- und Bewertungspflicht. Vielfach gewinnt die allgemeine Ermittlungs- und Bewertungspflicht der Behörden daher erst im Zusammenwirken mit den oben skizzierten administrativen Konzeptpflichten<sup>320</sup> klare Formen. Indem die Behörde sich in einem Konzept festlegt, welche Kriterien für eine Entscheidung maßgeblich sind, und diese vorab im Verhältnis zueinander gewichtet, etabliert sie den Maßstab dafür, welche Umstände sie im konkreten Entscheidungsverfahren zu ermitteln und wie sie diese zu bewerten hat. Für die Vorabfestlegung von Zuschlagskriterien und deren Gewicht in einem Vergabekonzept gilt das ebenso wie für die Gewichtung öffentlicher Verkehrsinteressen in Nahverkehrsplänen. In ihrem Bemühen, die Kontrollfunktion des Gesetzes zu ersetzen, greifen Konzeptpflichten und Ermittlungs- und Bewertungspflichten in diesen Fällen folglich ineinander.

<sup>316</sup> BVerwGE 82, 260 (265); 135, 198 (208).

<sup>317</sup> Siehe dazu erneut die Nachweise in Fn. 306.

<sup>318</sup> Vgl. etwa *H. Schulze-Fielitz*, JZ 1993, S. 772 (777) sowie auch hierzu die weiteren Nachweise in Fn. 306.

<sup>319</sup> Vgl. für die Pflicht zur Sachverhaltsermittlung nur *M. Heßhaus*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, Stand: 59. Ed. 01.04.2023, § 24 Rn. 11; *D. Kallerhoff/F. Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 26. Im Hinblick auf die Gewichtung der als maßgeblich ermittelten Umstände verweist die Rechtsprechung im Rahmen von Beurteilungsspielräumen regelmäßig recht pauschal darauf, die „allgemein anerkannte[n] Bewertungsgrundsätze“ müssten Beachtung finden, siehe etwa BVerwG, NJW 2012, S. 2054 (2054).

<sup>320</sup> Siehe oben § 3 IV 2 b).

## b) Polizeirecht

Zuweilen ergänzen sich administrative Konzept- und Ermittlungspflichten allerdings nicht nur, sondern sind derart ineinander verwoben, dass es schwerfällt, sie klar voneinander abzugrenzen. Die Pflicht der Polizeibehörden etwa, die Ausübung ihrer Befugnisse zu anlass- und verdachtsunabhängigen Personenkontrollen einem Konzept zu unterstellen, das seinerseits auf einer Ermittlung und Beurteilung der Lageverhältnisse beruht,<sup>321</sup> illustriert gut, dass Ermittlungs- und Bewertungspflichten polizeilichen Konzeptpflichten derart vorgelagert sein können, dass diese sie fast zum Verschwinden bringen.<sup>322</sup> Umgekehrt mögen Ermittlungs- und Bewertungspflichten die Konzeptbildung dort, wo die Konkretisierung offener materieller Gesetzesvorgaben kaum mehr erfordert als eine polizeiliche Lagebeurteilung, so stark dominieren, dass das prägende Merkmal verwaltungsrechtlicher Konzepte, namentlich die administrative Selbstprogrammierung, an Bedeutung verliert. Vor allem in diesen Fällen zeigt sich, dass auch das Polizeirecht gelegentlich auf Ermittlungs- und Bewertungspflichten setzt, um Schwächen der materiell-rechtlichen Vorgaben auszugleichen.

In diesem Sinne verlangt etwa der Sächsische Verfassungsgerichtshof, dass die polizeiliche Einschätzung, dass eine Straße – wie von den Schleierfahndungstatbeständen in unterschiedlichen Bundesländern vorausgesetzt – „erhebliche Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität“ aufweist, auf Grundlage von „auf Tatsachen oder tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende[n], hinreichend präzise[n] Lageerkenntnisse[n]“ getroffen wird.<sup>323</sup> Indem der Gerichtshof das Vorliegen entsprechender Lageerkenntnisse verlangt, spricht er in der Sache eine polizeiliche Ermittlungspflicht aus, die er zudem gerade „unter dem Gesichtspunkt der Kompensation mangelnder Bestimmtheit durch Verfahrensvorkehrungen“<sup>324</sup> für geboten hält.<sup>325</sup> Für die im Rahmen des § 26 Abs. 1 Nr. 2

<sup>321</sup> Dazu bereits oben § 3 IV 2 c).

<sup>322</sup> Eine Bestandsaufnahme in tatsächlicher Hinsicht ist gerade klassischer Bestandteil administrativer Konzepte, siehe *K. Herzmann*, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 (434); *A. Müller*, *Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln*, 1992, S. 89 ff.; *T. Rottenwallner*, *VR* 2014, S. 109 (114); ferner *H. Hill*, in: *Ellwein/Hesse, Staatswissenschaften*, 1990, S. 55 (65): „umfassende und komplexitätsabbildende Aufbereitung von Informationen“.

<sup>323</sup> *VerfGH Sachsen*, *Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –*, *juris*, Rn. 221.

<sup>324</sup> *VerfGH Sachsen*, *Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –*, *juris*, Rn. 221.

<sup>325</sup> In diese Richtung auch *MVVerfG, LKV* 2000, S. 149 (155 f.): „Der notwendigen Unbestimmtheit nach außen muss intern durch ein dokumentiertes Verfahren entgegengewirkt werden. In ihm ist festzustellen und anzuordnen, dass auf Grund von Lageberichten und/oder polizeilicher Erfahrung ein hinreichender Grund für die Einbeziehung der Straße besteht.“ (Zitat auf S. 156); ferner *VerfGH Sachsen, LKV* 1996, S. 273 (286), der die Pflicht, den Sachverhalt „grundsätzlich umfassend zu ermitteln“ den „kompensatorischen Verfahrensgestaltungen zu[rechnet], die geeignet sind, die rechtsstaatlichen Interessen des von einem Eingriff Betroffenen im Verwaltungsverfahren zu repräsentieren und zugleich zur Konkretisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe beizutragen“.

PolG BW erforderliche Qualifikation einer Örtlichkeit als ein „Ort, an dem erfahrungsgemäß Straftäter sich verbergen, Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben, sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel oder ausländerrechtliche Duldung treffen oder der Prostitution nachgehen“, hat die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ähnliche Erwägungen angestellt. Ob ein derartiger Kriminalitätsschwerpunkt vorliege, hat die Polizei demnach „auf der Grundlage einer [...] ortsbezogenen Lagebeurteilung“ festzustellen.<sup>326</sup> Diese müsse eine Ermittlung und „Bewertung der bestehenden [...] Gefährdungsbzw. Kriminalitätssituation an dem fraglichen Ort“ einschließen.<sup>327</sup> Nur durch eine solche Verpflichtung der Polizei, sich ein Lagebild zu verschaffen, könne einem willkürlichen Eingreifen entgegengewirkt<sup>328</sup> und nachträglicher Rechtsschutz, wenn nicht erst ermöglicht, so doch zumindest erleichtert werden.<sup>329</sup>

Bemerkenswert ist dabei, dass der Polizei in keinem dieser Fälle ein Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>330</sup> Die letztverbindliche Konkretisierung der besagten Ortsmerkmale obliegt den Gerichten. Für eine konzepttypische Selbstprogrammierung der Verwaltung bleibt daher kein Raum. Dem Kompensationsanspruch der besagten Ermittlungspflichten steht das indes nicht entgegen. Denn da gerichtliche Kontrolle nur nachlaufend stattfinden kann und die erforderliche Konkretisierung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale für die Anwendung im Einzelfall folglich stets zu spät kommt, verfolgt die Pflicht zur Erstellung eines präzisen Lagebilds die Intention, einen möglichst fehler-, jedenfalls aber willkürfreien und damit gleichmäßigen Gesetzesvollzug zu gewährleisten, indem sie der Behörde aufgibt, all die Informationen zu erheben, die auch das Gericht seiner späteren Konkretisierung zugrunde legen müsste. Die Ermittlungspflichten zielen folglich auf einen Ausgleich dafür, dass das materielle Polizeirecht seine Gleichheitsfunktion angesichts der – erst durch eine nachlaufende gerichtliche Konkretisierung auszuräumenden – Unbestimmtheit seiner Tatbestände nur eingeschränkt erfüllt. Indem sie sich darum bemühen, Abweichungen zwischen behördlicher und gerichtlicher Normkonkretisierung pro-

<sup>326</sup> VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504); ihm folgend VG Freiburg, BeckRS 2019, 7749 Rn. 37.

<sup>327</sup> VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504).

<sup>328</sup> VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 221.

<sup>329</sup> Siehe VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 222: „Andernfalls ließe sich effektiver Rechtsschutz nicht gewährleisten“; VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504) „Um den Gerichten eine tatsächlich wirksame Kontrolle [...] der Lagebeurteilung zu ermöglichen [...]“; MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156): „einem – nachträglichen – Rechtsschutz förderlich“; BVerfGE 150, 244 (303): „die verwaltungsgerichtliche Kontrolle [wird] erleichtert“ – jeweils in Bezug auf die Pflicht zur Dokumentation der ermittelten Entscheidungsgrundlagen.

<sup>330</sup> C. Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (384, 387) – in Bezug auf das Merkmal der „andere[n] Straßen von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität“; VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504) sowie VG Freiburg, BeckRS 2019, 7749 Rn. 37 – in Bezug auf die örtlichen Kriminalitätsschwerpunkte.

zedural vorzubeugen, stehen sie zudem im Zeichen präventiven Rechtsschutzes und erfüllen insofern eine Kontrollfunktion, für die sich Einschränkungen daraus ergeben, dass gerichtlicher Rechtsschutz hier nur nachträglich erfolgen kann. In der Deutung der Gerichte versuchen die polizeilichen Ermittlungspflichten schließlich auch zu kompensieren, dass der tatbestandliche Verweis auf ortsbezogene Gefahren- und Kriminalitätssituationen an polizeiliches Sonderwissen anknüpft, das im gerichtlichen Verfahren zuweilen schwer zu reproduzieren ist und somit die Kontrollfunktion des Gesetzes einschränkt.<sup>331</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen erstaunt es nicht, dass das Polizeirecht sich zweitens auch dort in Ermittlungs- und Bewertungspflichten flüchtet, wo der Polizei ein gerichtlich nicht voll überprüfbarer Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Oft als Prognosespielräume bezeichnet, sind derartige Letztentscheidungsbefugnisse der Polizei vor allem für Eingriffstatbestände anerkannt, die polizeiliche Maßnahmen von der Einschätzung abhängig machen, dass eine bestimmte Person (auch) zukünftig eine Straftat begehen wird.<sup>332</sup> Unter Anknüpfung an die allgemeine Dogmatik zu Beurteilungsspielräumen, konzentriert sich die gerichtliche Kontrolle in diesen Fällen vor allem darauf, ob die Behörde „von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist [...] und die richtigen Bewertungsmaßstäbe angewendet hat“.<sup>333</sup> Dass die Rechtsprechung insofern explizit die Prüfungskriterien adaptiert, die das allgemeine Verwaltungsrecht für derartige Letztentscheidungsermächtigungen entwickelt hat, lässt es berechtigt erscheinen, auch hier den dort zugrundeliegenden Kompensationsgedanken am Werk zu sehen.<sup>334</sup> Auch im Polizeirecht stellen Ermittlungs- und Bewertungspflichten eine Antwort auf das durch Beurteilungsspielräume bedingte Fehlen inhaltlicher Vorgaben dar und beanspruchen die insofern reduzierte Kontrollfunktion des materiellen Gesetzesrechts aufzufangen.

<sup>331</sup> Hierauf deutet der Hinweis des VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504) hin, die fehlende Dokumentation der ermittelten Fakten berge das Risiko, „dass das Gericht die Qualifizierung als Kriminalitätsbrennpunkt nicht nachvollziehen kann und die Überwachungsmaßnahme als rechtswidrig ansieht“.

<sup>332</sup> Siehe VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, S. 287 (287f.); NVwZ 2001, S. 1289 (1290); NVwZ-RR 2004, S. 572 (573); DVBl. 2015, S. 506 (508); aus dem Schrifttum etwa *M. Hauser*, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, § 41 Rn. 7a; *T. Würtenberger/D. Heckmann/S. Tanneberger*, Polizeirecht Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 243.

<sup>333</sup> VGH Mannheim, DVBl. 2015, S. 506 (508); siehe auch VGH Mannheim, NVwZ-RR 2004, S. 572 (573): „ob die Prognose auf zutreffender Tatsachengrundlage beruht und ob sie nach gegebenem Erkenntnisstand unter Einbeziehung des kriminalistischen Erfahrungswissens sachgerecht und vertretbar ist“; *M. Hauser*, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, § 41 Rn. 7a.

<sup>334</sup> Vgl. zum Kompensationsverhältnis von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen und gerichtlicher Kontrolle der Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen bereits die Nachweise in Fn. 306.

## c) Umweltrecht

Neben Wirtschaftsverwaltungs- und Polizeirecht verpflichtet auch das Umweltrecht die Verwaltung zuweilen, ihre Entscheidungsgrundlagen zu ermitteln, zu beschreiben und zu bewerten.<sup>335</sup> Doch obwohl gerade das Umweltrecht gemeinhin zu den klassischen Anwendungsfeldern der Prozeduralisierung des Rechts gezählt wird,<sup>336</sup> werden allgemeine Ermittlungs- und Bewertungspflichten hier auffällig selten mit dem Anspruch in Verbindung gebracht, die Schwächen materieller Programmierung auszugleichen. Seinen Grund mag das darin finden, dass die erforderlichen Ermittlungs- und Bewertungsvorgänge hier oftmals in spezielle Verfahren der Sachverständigen-, Betroffenen- und Öffentlichkeitsbeteiligung ausdifferenziert werden, die einen Rückgriff auf allgemeine Ermittlungspflichten obsolet erscheinen lassen.<sup>337</sup> Wo das materielle Recht der Verwaltung die letztverantwortliche Konkretisierung inhaltlicher Vorgaben überlässt, scheint aber auch im Umweltrecht das bekannte Kompensationsmotiv auf: Um dort, wo eine inhaltliche Entscheidungskontrolle mangels materieller Maßstäbe ausscheidet, den Rechtsschutz nicht leerlaufen zu lassen, überprüfen die Gerichte, ob die Verwaltung die sach- und fachlichen Grundlagen ihrer Entscheidungen (rechts-)fehlerfrei ermittelt und bewertet hat.<sup>338</sup>

Im Gentechnikrecht bildet hierfür § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG den maßgeblichen Ansatzpunkt. Die Erteilung einer Genehmigung für die Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen macht er von der Prognose abhängig, dass von der beantragten Freisetzung nach dem Stand der Wissenschaft keine „schädlichen Einwirkungen“ auf Mensch und Umwelt zu erwarten sind, die sich im Verhältnis zum Zweck der Freisetzung als „unvertretbar“ erweisen. Im Hinblick auf die damit erforderliche Risikoeinschätzung und -bewertung entnimmt die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung dem GenTG einen behördlichen Beurteilungsspielraum.<sup>339</sup> In dessen Konsequenz – und parallel zu

<sup>335</sup> Siehe etwa die ausdrückliche Klarstellung in § 3 S. 1 UVPG: „Umweltprüfungen umfassen die Ermittlung, Beschreibung und Bewertung der erheblichen Auswirkungen eines Vorhabens oder eines Plans oder Programms auf die Schutzgüter.“

<sup>336</sup> Vgl. u. a. *E. Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996; *S. M. Kim*, EurUP 2017, S. 233 (234); *K. Linzbach*, EurUP 2020, S. 93; *T. Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (6); ferner *R. Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 427 ff.

<sup>337</sup> Das zeigt sich etwa am UVPG, wo § 3 S. 1 UVPG Umweltprüfungen mit Ermittlung, Beschreibung und Bewertung gleichsetzt, aber die übrigen Gesetzesbestimmungen eben diesen Prozess näher ausgestalten und so in weitere Verfahrenspflichten unterbrechen.

<sup>338</sup> Siehe zur These, dass dieser Umstellung gerichtlicher Kontrolle der Kompensationsgedanke zugrunde liegt, bereits die Nachweise oben in Fn. 306.

<sup>339</sup> BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232 (1233 f.); ebenso *M. Kniesel/W. Müllensiefen*, NJW 1999, S. 2564 (2568); *C. Tünnesen-Harmes*, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, S. 113; im Ergebnis für eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolle auch *K.-H. Ladeur*, NuR 1992, S. 254 (258 f., 261), der dies allerdings auf ein Planungsermessen und nicht auf einen Beurteilungsspielraum zurückführt; einen Beurteilungsspielraum ablehnend *M. Kapteina*, Die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen, 2000, S. 172 ff., insbes. 176; *S. Schmieder*,

den oben bereits skizzierten Fällen behördlicher Beurteilungsspielräume – tritt an die Stelle einer vollumfänglichen inhaltlichen Bewertung der Genehmigungsentscheidung die Prüfung, ob die Genehmigungsbehörde ihre Entscheidung auf ausreichend ermittelter Tatsachengrundlage getroffen, willkürfreie Maßstäbe zur Risikobewertung gebildet und diese schließlich ohne sachfremde Erwägungen angewendet hat.<sup>340</sup> Vorarbeiten für diese Ermittlungs- und Bewertungsaufgabe verlangt das Gentechnikrecht der Betreiberin oder dem Betreiber selbst ab, indem es von diesen verlangt, im Vorfeld einer Freisetzung oder eines Inverkehrbringens die damit verbundenen Risiken umfassend zu bewerten und den entsprechenden Bewertungsbericht bei der Beantragung der Genehmigung beizulegen.<sup>341</sup>

Im Immissionsschutzrecht, das nach § 5 BImSchG ebenfalls eine Einschätzung über „schädliche Umwelteinwirkungen“ verlangt, unterliegt die behördliche Konkretisierung der materiell-immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen im Einzelfall zwar uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle.<sup>342</sup> Sofern die Exekutive allerdings nach § 48 Abs. 1 BImSchG durch Verwaltungsvorschriften allgemeine Umweltstandards definiert, kommt ihr angesichts der normkonkretisierenden Funktion, die die Rechtsprechung diesen Standards gerade auch im Hinblick auf die Bestimmung schädlicher Umwelteinwirkungen zumisst,<sup>343</sup> eine oft als Standardisierungsspielraum bezeichnete Letztentscheidungsbefugnis zu.<sup>344</sup> Die in technischen Vorschriften wie der

---

Risikoentscheidungen im Gentechnikrecht, 2004, S. 176–327. Das BVerwG lehnt sich dabei an die etablierte Rechtsprechung zum Atomrecht an, siehe zu den dort gewährten Beurteilungsspielräumen nur BVerwGE 72, 300 (315f.); 78, 177 (180f.); 80, 207 (217); 81, 185 (190ff.); kritisch zu dieser Übertragung *G. Beaucamp*, DÖV 2002, S. 24 (26ff.); *K. F. Gärditz*, ZUR 2009, S. 413 (419); *M. Reinhardt*, NVwZ 2003, S. 1446 (1448); ausführlich *S. Schmieder*, Risikoentscheidungen im Gentechnikrecht, 2004, S. 229ff.

<sup>340</sup> So insbes. VG Berlin, Beschl. v. 12.09.1995 – 14 A 255.95, BeckRS 1995, 31345844 sowie VG Berlin, NVwZ-RR 1994, S. 150 (152) und OVG Berlin, NVwZ 1999, S. 96 (99); dazu auch *H.-G. Dederer*, Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme, 1998, S. 326; *M. Kniesel/W. Müllensiefen*, NJW 1999, S. 2564 (2568); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 111 ff. Dass die Genehmigungsbehörde eine Bewertung des Risikos vorzunehmen hat, betont auch das BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232 (1234).

<sup>341</sup> Siehe § 6 Abs. 1 S. 1, § 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GenTG.

<sup>342</sup> BVerwGE 85, 368 (379); 55, 250 (253f.); BVerwG, NVwZ 1988, S. 824; *J. Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 5 BImSchG Rn. 46 (Stand: 73. Erg.-Lfg. August 2014); *H. D. Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 5 Rn. 130; *T. Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, § 5 BImSchG Rn. 16.

<sup>343</sup> BVerwGE 129, 209 (211); 114, 342 (344); 110, 216 (218); BVerwG, NVwZ-RR 1996, S. 498 (499).

<sup>344</sup> *R. Breuer*, NVwZ 1988, S. 104 (111); *H. D. Jarass*, NJW 1987, S. 1225 (1229); *H. Hill*, NVwZ 1989, S. 401 (409): „Standardisierungsermessen“; *E. Hofmann*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 67. Ed. 01.07.2023, § 48 BImSchG Rn. 12; vgl. auch *M. Eifert*, ZJS 2008, S. 336 (339f.): „generalisierte Ausübung eines Beurteilungsspielraums“ (Zitat, S. 340) sowie zu dieser Charakterisierung *U. Di Fabio*, DVBl. 1992, S. 1338 (1340); kritisch dazu *M. Schäfer*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Konkre-



TA Luft zum Ausdruck kommenden Prognose- und Wertungsentscheidungen sind demnach auch für die Gerichte verbindlich.<sup>345</sup> Eine inhaltliche Kontrolle der Verwaltungsvorschriften selbst bleibt ihnen so verwehrt. Doch blickt man auf die Ausnahmekonstellationen, in denen die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften ihre Verbindlichkeit einbüßen, so zeigt sich, dass die Verwaltungsgerichte das Ausbleiben einer inhaltlichen Kontrolle auch im Falle dieser Standardisierungsspielräume dadurch auszugleichen suchen, dass sie die Ermittlung der Entscheidungsgrundlage überprüfen, auf der die entsprechenden Prognose- und Wertungsentscheidungen beruhen. So können die nach § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften unter anderem dann keine Verbindlichkeit beanspruchen, wenn sich die Tatsachengrundlage, auf der diese erlassen wurden, in Folge „gesicherte[r] Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik“ als überholt erweist.<sup>346</sup> Den einschlägigen Entscheidungen dürften hierbei zwar vor allem solche Fälle vor Augen gestanden haben, in denen sich derartige Erkenntnisfortschritte nach Erlass der entsprechenden Umweltstandards ergeben haben.<sup>347</sup> Doch ist nicht ersichtlich, weshalb etwas anderes gelten sollte, sofern der von der Behörde zugrunde gelegte Stand von Wissenschaft und Technik schon zum Erlasszeitpunkt überholt war, er also von Anfang an nicht vollständig erfasst wurde. Die Rechtsprechung deutet diese Konsequenz zumindest an, wenn sie die Setzung technischer Standards daraufhin überprüft, ob die Behörde ihre Entscheidungsgrundlagen „willkürfrei“ ermittelt hat.<sup>348</sup> Denn was anderes als eine Pflicht zur vollständigen Ermittlung sollte es bedeuten, bei der Ermittlung nicht beliebig verfahren und die herangezogenen Erkenntnisse nicht nach sachfremden Erwägungen auswählen zu dürfen? Auch dem durch immissionsschutzrechtliche Standardisierungsbefugnisse bedingten Wegfall materiell-rechtlicher Bindungen korrespondiert damit letztlich die prozedurale Pflicht, die Entscheidungsgrundlagen ordnungsgemäß zu erheben.

Die Frage, welcher genaue Missstand durch diese Ermittlungs- und Bewertungspflichten im Gentechnik- und Immissionsschutzrecht ausgeglichen wer-

---

tisierung unbestimmter Sicherheitsstandards durch die Rezeption von Sachverstand, 1998, S. 209.

<sup>345</sup> BVerwGE 110, 216 (218); BVerwG, NVwZ 1995, S. 994; NVwZ 2001, S. 1165 (1165); *T. Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, § 5 BImSchG Rn. 16; *M. Thiel*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 48 BImSchG Rn. 7 (Stand: 83. Erg.-Lfg. Mai 2017).

<sup>346</sup> BVerwGE 114, 342 (346); siehe auch BVerwG 55, 250 (261); BVerwG, NVwZ-RR 1996, S. 498 (499); OVG Lüneburg, NVwZ 1985, S. 357 (358); *H. Hill*, NVwZ 1989, S. 401 (410).

<sup>347</sup> Deutlich etwa in BVerwG, NVwZ 2001, S. 1165 (1166).

<sup>348</sup> OVG Lüneburg, NVwZ 1985, S. 357 (357); *R. Breuer*, NVwZ 1988, S. 104 (111); *H. Hill*, NVwZ 1989, S. 401 (409); vgl. für das Atomrecht entsprechend BVerwG, NVwZ 1986, S. 208 (212) unter Verweis auf BVerfGE 61, 82 (114f.) sowie für Umweltstandards allgemein *J. Salzwedel*, NVwZ 1987, S. 276 (278): „offensichtliche Unrichtigkeiten in der Sache schließen eine Bindung aus“.

den soll, dürfte im Umweltrecht nicht anders zu beantworten sein als etwa im öffentlichen Wirtschaftsrecht: Die Fokussierung auf den behördlichen Ermittlungsvorgang beansprucht, die ansonsten übliche Kontrolle des Entscheidungsinhalts zu ersetzen, und bemüht sich auf diese Weise, die reduzierte Kontrollfunktion des Gesetzes aufzufangen.<sup>349</sup>

#### d) Gesundheitsrecht

Im Gesundheitsrecht lässt sich der Versuch, das Fehlen materieller Entscheidungsvorgaben durch die Fokussierung auf die Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen auszugleichen, am Beispiel der gerichtlichen Kontrolle von GBA-Richtlinien illustrieren. Die Funktion dieser Richtlinien besteht darin, durch die Aufstellung von Maßstäben, „nach denen das im Einzelfall medizinisch Notwendige sowie dessen Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit zu beurteilen ist“<sup>350</sup>, die Leistungsansprüche der Versicherten sowie die korrespondierenden Leistungspflichten der Krankenkassen inhaltlich zu konturieren. Die Einzelfallanwendung des demnach durch die Richtlinien konkretisierten Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 Abs. 1 SGB V) unterliegt dort, wo konkretisierende Vorgaben des GBA nicht bestehen, zwar voller gerichtlicher Kontrolle.<sup>351</sup> Doch sofern der Gemeinsame Bundesausschuss auf einer abstrakt-generellen Ebene bestimmt, welche Leistungen notwendig, zweckmäßig und wirtschaftlich sind sowie dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen, ist der Inhalt der von ihm beschlossenen normativen Vorgaben nur eingeschränkt justiziabel.<sup>352</sup> Seinen Grund hat das darin, dass die sozialgerichtliche Rechtsprechung auf der dritten Stufe der Wirtschaftlichkeitsprüfung, d.h. der Abwägung von Kosten und Nutzen unterschiedlicher Arzneimittel, Wirkstoffe oder Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, „ein[en] – auch von den Gerichten zu respektierende[n] – Gestaltungsspielraum“ des Bundesausschusses anerkennt.<sup>353</sup> Konkret erstreckt sich die dem GBA demnach eingeräumte Letztentscheidungsermächtigung auf die für die Kosten-Nutzen-Abwägung maßgebliche Beurteilung der

<sup>349</sup> Das wird in der gerade im Umweltrecht häufig aus der entgegengesetzten Perspektive formulierten Forderung deutlich, die Rücknahme der Kontrolldichte müsse durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung verdient werden, siehe etwa bei *R. Wahl*, NVwZ 1991, S. 409 (418) und bei *C. Tünnesen-Harmes*, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, S. 111; der Sache nach ebenso *T. Kingreen*, NJW 2006, S. 877 (879).

<sup>350</sup> BSGE 73, 271 (280); auch in § 92 Abs. 1 S. 1 SGB V und Kap. 4 § 3 Abs. 1 S. 2 VerFO GBA ist dieser Konkretisierungsauftrag schon klar ausgesprochen.

<sup>351</sup> *J. Jousen*, in: Rolfs u. a. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, § 12 SGB V Rn. 2; *K. Scholz*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 12 Rn. 5.

<sup>352</sup> Siehe nur *D. Roters*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 12 SGB V Rn. 17 (Stand: 102. Erg.-Lfg. Dezember 2018) und § 92 Rn. 13 (Stand: 93. Erg.-Lfg. März 2017).

<sup>353</sup> BSGE 96, 261 (283).

Gleichwertigkeit konkurrierender Behandlungsalternativen.<sup>354</sup> Dass die entsprechende Bewertung keiner inhaltlichen Überprüfung unterzogen werden kann, verschiebt die gerichtliche Aufmerksamkeit auf Fragen der Ermittlung, Beschreibung und Bewertung der Grundlagen, auf denen die Bewertung des Bundesausschusses beruht. So betont das BSG, der GBA müsse sich erstens „einen Überblick über den Stand der medizinisch-pharmakologischen Wissenschaft verschaffen, um eine verlässliche Grundlage für die Beurteilung der therapeutischen Gleichwertigkeit bzw des therapeutischen Nutzens [...] zu gewinnen“;<sup>355</sup> er müsse seine Entscheidung zweitens auf Grundlage einer „zutreffenden Auswertung der vorhandenen [wissenschaftlichen] Untersuchungen [vornehmen], die auch eine Gewichtung von Studien nach Aussagegehalt, Verlässlichkeit und Objektivität ihrer Verfasser fordert“;<sup>356</sup> und schließlich könne die Rücknahme der gerichtlichen Kontrollpflichten umso „eher [...] hingenommen werden“, je präziser die Vergleichbarkeit der Behandlungsalternativen dargestellt werde.<sup>357</sup> Die vollständige Ermittlung und Auswertung der „maßgeblichen Auffassungen in der medizinischen Wissenschaft“<sup>358</sup> hat – wie gerade die zuletzt zitierte Formulierung zeigt – folglich auch im Gesundheitsrecht ihren Zweck darin, die Defizite der inhaltlichen Gerichtskontrolle auszugleichen. In der Hoffnung, die reduzierte Kontrollfunktion des materiellen Gesetzesrechts kompensieren zu können, setzt folglich auch das Gesundheitsrecht auf prozedurale Ermittlungs- und Bewertungspflichten.

*f) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Ermittlungs- und Bewertungspflichten*

Für die Frage nach der Kompensationsfunktion von Ermittlungs- und Bewertungspflichten ergibt sich damit ein weitgehend einheitliches Bild: Ermittlungs- und Bewertungspflichten bemühen sich beinahe durchweg darum, Einschränkungen der Kontrollfunktion des materiellen Rechts entgegenzuwirken. Ihre Funktionslogik unterscheidet sich dabei indes je nach Situation: Wo die reduzierte Kontrollfunktion des materiellen Rechts ihren Grund darin findet, dass die Verwaltung infolge administrativer Letztentscheidungsbefugnisse über nur beschränkt justiziable Entscheidungsspielräume verfügt, stellen sie den Gerichten einen alternativen Kontrollstandard zur Verfügung, der die reduzierte materielle Prüfung um eigenständige prozedurale Kontrollkriterien ergänzt. Und wo die Kontrollfunktion des materiellen Rechts dadurch limitiert ist, dass gerichtlicher Rechtsschutz nur im Nachgang einer Rechtsbeeinträchtigung zu er-

<sup>354</sup> BSGE 96, 261 (281).

<sup>355</sup> BSGE 96, 261 (281).

<sup>356</sup> BSGE 96, 261 (283).

<sup>357</sup> BSGE 96, 261 (282).

<sup>358</sup> BSGE 96, 261 (283).

langen ist, zielen Ermittlungs- und Bewertungspflichten auf eine rechtswahrende Aufarbeitung und Auswertung der zu berücksichtigenden Belange, die es erträglich erscheinen lässt, dass präventiver gerichtlicher Rechtsschutz nicht zur Verfügung steht. Lediglich vereinzelt wird Ermittlungs- und Bewertungspflichten daneben auch hinsichtlich der Gleichheitsfunktion des Gesetzes eine Ausgleichsfunktion zugesprochen.

#### 4. Partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten

Im Hinblick auf partizipative Elemente administrativer Verfahren und entsprechende Beteiligungspflichten<sup>359</sup> äußert sich die Überzeugung, das Entscheidungsverfahren könne Schwächen des materiellen Rechts ausgleichen, meist in der Forderung, die für Entscheidungsspielräume der Verwaltung erforderliche Rücknahme der materiell-rechtlichen Entscheidungsdetermination müsse erst verdient werden – und zwar dadurch, dass das Verfahren in besonderer Weise für die Wahrung betroffener Rechte sowie die Berücksichtigung entscheidungsrelevanter Belange und Informationen Gewähr leiste.<sup>360</sup> Dass etwa auf die Beteiligung sachverständiger Stellen an einer Verwaltungsentscheidung verwiesen wird, um zu begründen, dass Beurteilungsspielräume – und damit: eine reduzierte materiell-rechtliche Bindung der Verwaltung – hingenommen werden können,<sup>361</sup> illustriert beispielhaft, dass die (vermeintliche) Kompensationsfunktion gerade auch partizipativer Verfahren längst zum argumentativen Standardrepertoire des allgemeinen Verwaltungsrechts zählt. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indes, dass es ein bunter Strauß unterschiedlicher Akteure und Mitwirkungsformen ist, von denen sich das Verwaltungsrecht einen Ausgleich materiell-rechtlicher Defizite verspricht. Aufsichtsgremien (dazu lit. a) und öffentliche Stellen, deren Aufgabenbereich von einer Entscheidung berührt wird (dazu lit. b), zählen hierzu ebenso wie Expertengremien (dazu lit. c) und betroffene Private, deren Verbände oder die allgemeine Öffentlichkeit (dazu lit. d). Die (vermeintlichen) Defizite, auf die die Beteiligung dieser Akteure reagiert, stehen mit der fehlenden Bestimmtheit oder zu großen Offenheit des materiellen Rechts zudem nicht immer in Verbindung.

<sup>359</sup> Die Unterscheidung zwischen partizipativen Verfahren und Beteiligungspflichten soll zum Ausdruck bringen, dass das Verwaltungsrecht sich in manchen der im Folgenden behandelten Konstellationen darauf beschränkt, die Einbeziehung anderer Stellen oder Personen zu ermöglichen (vgl. etwa § 201 TKG für die BNetzA sowie dazu noch unten § 3 IV 4 c] aa), und nicht stets zu deren Einbeziehung verpflichtet. Nicht jedes partizipative Verfahren geht daher mit einer Beteiligungspflicht einher.

<sup>360</sup> Vgl. *M.-E. Geis*, in: Ziekow (Hrsg.), *Handlungsspielräume der Verwaltung*, 1999, S. 97 (106); *R. Wahl*, *NVwZ* 1991, S. 409 (412, 414, 418); *T. Kingreen*, *NJW* 2006, S. 877 (879); *C. Tünnesen-Harmes*, *Risikobewertung im Gentechnikrecht*, 2000, S. 111.

<sup>361</sup> Siehe etwa *BVerwGE* 39, 197 (203 ff.); 59, 213 (215 ff.); 62, 330 (337 ff.); 72, 339 (347 f.); 77, 75 (78, 84 f.); *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 130; *M. Eifert*, *ZJS* 2008, S. 336 (339).

a) *Beteiligung von öffentlichen Stellen und Gremien mit Kontrollfunktion*

Einen Ausgleich für Defizite des materiellen Rechts verspricht sich das Verwaltungsrecht unter anderem von der Einbindung ganz unterschiedlicher öffentlicher Stellen und Gremien, denen gemeinsam ist, dass sie eine Kontroll- oder Aufsichtsfunktion erfüllen: Behördenleiter- und Richtervorbehalte (dazu lit. aa) begegnen hier ebenso wie Berichtspflichten zugunsten unabhängiger Kontrollgremien (dazu lit. bb) oder (Landes-)Parlamenten (dazu lit. cc). Und auch die Beteiligung von Datenschutzbeauftragten (dazu lit. dd.) oder Rechts- und Fachaufsicht (dazu lit. ee) wird zuweilen mit dem Kompensationsgedanken in Verbindung gebracht.

aa) *Präventive Behördenleiter- und Richtervorbehalte*

Präventiven Behördenleiter- und Richtervorhalten wird vor allem im Polizeirecht regelmäßig eine Kompensationsfunktion zugesprochen.<sup>362</sup>

Als Behördenleitervorbehalte werden dabei Normen bezeichnet, die eine Selbstkontrolle innerhalb der Exekutive zu gewährleisten suchen,<sup>363</sup> indem sie die Befugnis, polizeiliche Maßnahmen anzuordnen, für bestimmte Maßnahmentypen der Leiterin oder dem Leiter einer Polizeidienststelle vorbehalten. Wer zur anordnungsbefugten Behördenleitung zählt, beantworten die (landes-)gesetzlichen Regelungen unterschiedlich.<sup>364</sup> Zuweilen kann die Anordnung der vorbehaltenen Maßnahmen nur durch die Leitungsperson selbst erfolgen, mancherorts hingegen auch durch deren Stellvertreterin bzw. Stellvertreter oder gar durch andere von ihr beauftragte Beamte. Unberührt von den Divergenzen in der Ausgestaltung derartiger Vorbehaltsregelungen bleibt deren Telos: Durch die Übertragung der Entscheidungszuständigkeit an eine in der Behördenhierarchie herausgehobene Person soll deren besondere – auch rechtliche – Sachkunde, deren regelmäßig größeres Erfahrungswissen und deren erhöhte Dis-

<sup>362</sup> So u. a. von *M. Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 309; *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 153; *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 246 ff., 248 ff.; *M. Kniessel*, NVwZ 1990, S. 743 (744); *S. Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007, S. 356 f.; *M. Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 240; *B. Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, 2013, S. 376; *H. Schulze-Fielitz*, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (429 f.); *W. Schwetzel*, Freiheit, Sicherheit, Terror, 2007, S. 119; *S. Tanneberger*, Die Sicherheitsverfassung, 2014, S. 404 f.; *H.-H. Trute*, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (420 f.); *L. Wildhagen*, Persönlichkeitsschutz durch präventive Kontrolle, 2011, S. 51, 74, 77, 78, 80, 87; in der Sache auch *U. Volkmann*, NVwZ 2009, S. 216 (221); differenzierend *T. Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 329.

<sup>363</sup> *T. E. Aschmann*, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, 1999, S. 165.

<sup>364</sup> Siehe im Überblick *T. E. Aschmann*, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, 1999, S. 180, 187 ff.

tanz zum Einzelfall für die Entscheidung nutzbar gemacht und diese dadurch rationalisiert werden.<sup>365</sup>

Richtervorbehalte sehen demgegenüber vor, dass (im Grundsatz) allein ein Gericht die Durchführung entsprechender Maßnahmen anordnen darf.<sup>366</sup> In der gesetzgeberischen Realität nehmen sie ebenfalls unterschiedliche Formen an.<sup>367</sup> Mal darf ein polizeiliches Vorgehen ohne entsprechende gerichtliche Anordnung überhaupt nicht erfolgen, mal steht es dem Gericht frei, die Anordnungsbefugnis auf andere Stellen zu delegieren, und mal steht sie – wie häufig – unter dem Vorbehalt, bei Gefahr im Verzug auf die Einholung einer gerichtlichen Entscheidung zunächst verzichten zu dürfen, sie dann aber nachholen zu müssen. Gepaart finden sich beide Instrumente schließlich dort, wo die Entscheidung über die Durchführung einer polizeilichen Maßnahme dem zuständigen Amtsgericht zusteht, der Antrag auf deren Anordnung aber durch die Leitung der Polizeibehörde erfolgen muss.<sup>368</sup>

Dass es sich bei Behördenleiter- oder Richtervorhalten um partizipative Bausteine des administrativen Entscheidungsprozesses handelt, durch die Akteure in dasungsverfahren einbezogen werden, die weder Entscheidungsadressat noch -autor sind, versteht sich nicht von selbst.<sup>369</sup> Denn nach herkömmlicher, wenngleich nicht unbestrittener Lesart, besteht die Rolle der Behördenleitungs- bzw. Gerichtsentscheidung in derartigen Vorbehaltssituationen nicht darin, eine vorausgehende Anordnung einer anderen Stelle zu überprüfen und ggfs. zu bestätigen; vielmehr sind es die Behördenleitung bzw. das Gericht selbst, die die entsprechenden Maßnahmen erst anordnen.<sup>370</sup> Behördenleiter- und Richtervorbehalt stellen sich vor diesem Hintergrund zunächst als bloße Zuständigkeitsregeln dar, sie verlagern die Entscheidungskompetenz von einer Stelle auf eine andere. Dessen ungeachtet zeigt vor allem die Funktionsweise von Richtervorhalten, dass entsprechende Vorbehaltsregeln nicht nur (Entscheidungs-)Zuständigkeiten verschieben, sondern den Kreis der an einer Verwaltungsentscheidung Beteiligten zugleich erweitern. Denn auch wenn die abschließende Entscheidung von einem Gericht zu treffen ist, so ent-

<sup>365</sup> Vgl. *T. E. Aschmann*, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, 1999, S. 181 f., 188; *S. Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007, S. 357; *H.-H. Trute*, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (425).

<sup>366</sup> *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 152; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Festschrift für E. Schmidt-Jortzig, 2011, S. 433 (433).

<sup>367</sup> Überblick und Systematisierungen etwa bei *M. Rabe von Kühlewein*, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht, 2001, S. 74 ff.; *A. Voßkuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR V, 2013, § 131 Rn. 38 ff.; *L. Wildhagen*, Persönlichkeitsschutz durch präventive Kontrolle, 2011, S. 31 ff.; kritisch *B. Asbrock*, ZRP 1998, S. 17 (18).

<sup>368</sup> So etwa in § 31 Abs. 3 S. 2 PolG BW.

<sup>369</sup> Zum zugrundeliegenden Verfahrensbegriff bereits oben § 2 I 1.

<sup>370</sup> *M. Heidebach*, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, 2014, S. 121; *M. Rabe von Kühlewein*, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht, 2001, S. 88 f. m. Nachw.

scheidet dieses doch nur auf Antrag, der seinerseits von Seiten einer – ansonsten zuständigen – Polizeibehörde zu stellen (und zu begründen)<sup>371</sup> ist. Anders als im verwaltungsrechtlichen Standardverfahren sonst üblich, fallen Anordnung und Vorbereitung der Entscheidung so personell auseinander. Auf diese Weise erweitert sich auch der Kreis der an ihr Beteiligten. Für Behördenleitervorbehalte gilt dies entsprechend.

Die wissenschaftliche Diskussion der entsprechenden Entscheidungsvorbehalte belegt dabei abermals, dass die schlagwortartige These von der Kompensation durch Verfahren einer Ausdifferenzierung danach bedarf, welches konkrete Defizit durch bestimmte Prozeduren ausgeglichen werden soll. Denn sowohl für Richter- als auch für Behördenleitervorbehalte wird eben diese Frage durchaus unterschiedlich beantwortet. Vor allem im Bereich der hier näher betrachteten polizeilichen Vorfeldbefugnisse wird von Richter- und Behördenleitervorhalten zuweilen erwartet, die vielfältigen Entgrenzungen eines vorsorgeorientierten Polizeirechts<sup>372</sup> aufzufangen und „das Defizit an normativen ‚Eingriffsschwellen‘ annäherungsweise aus[zugleichen“.<sup>373</sup> Vor der Folie der oben skizzierten Funktionen des materiellen Rechts<sup>374</sup> wird ihnen folglich die Aufgabe zugedacht, die von den inhaltlichen Vorgaben des Polizeirechts nur eingeschränkt erfüllte Begrenzungsfunktion wahrzunehmen.<sup>375</sup> Die Zweifel, die insbesondere das BVerfG an dieser These angemeldet hat, sind indes mehr als nur nachvollziehbar:<sup>376</sup> Kann eine bloße Verlagerung der Entscheidungszu-

<sup>371</sup> Zu diesem Begründungserfordernis etwa *L. Wildhagen*, Persönlichkeitsschutz durch präventive Kontrolle, 2011, S. 89 sowie unten § 3 IV 5 b).

<sup>372</sup> Zu diesen bereits oben § 3 IV 1.

<sup>373</sup> *H. Lisken/R. Mokros*, NVwZ 1991, S. 609 (610); in der Sache ebenso *M. Kniesel*, NVwZ 1990, S. 743 (744); ähnlich *SächsVerfGH*, LKV 1996, S. 273 (287): „Kompensation materiell gering verdichteter Entscheidungsprogramme“; *V. Bartsch*, Rechtsvergleichende Betrachtung präventiv-polizeilicher Videoüberwachungen öffentlich zugänglicher Orte in Deutschland und in den USA, 2004, S. 218: „verfahrensrechtlicher Ausgleich der materiellen Regelungsdefizite“; wohl auch – wenngleich mit Einschränkungen – *S. Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007, S. 356, 359.

<sup>374</sup> Oben § 3 III 1.

<sup>375</sup> Eher in Richtung eines Ausgleichs der reduzierten Legitimationsfunktion hingegen: *M. Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 309, die meint, die mit Behördenleitervorhalten einhergehende Hochzonung der Entscheidungszuständigkeit kompensiere die normativen Spielräume prognoseabhängiger Tatbestände durch eine „Verstärkung der ‚politischen‘ Verantwortung“. Anklänge an einen Ausgleich der verminderten Gleichheitsfunktion finden sich bei *H.-H. Trute*, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (425), der darauf hinweist, dass Behördenleitervorbehalte aufgrund der erhöhten Distanz zum Einzelfall eher „eine konzeptionell ausgerichtete Anwendung befördern“ und damit wohl eine an fallübergreifend gleichen Kriterien ausgerichtete Entscheidung gewährleisten können.

<sup>376</sup> Vgl. BVerfGE 120, 274 (331); kritisch auch *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 156; *M. Rabe von Kühlwein*, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht, 2001, S. 415 f.; *B. Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, 2013, S. 376; vgl. ferner *T.A. Bode*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012,

ständigkeit wirklich zu einer Verengung materieller Eingriffsgrenzen führen? Weit überwiegend wird die Ausgleichsfunktion denn auch nicht mit der Offenheit polizeilicher Vorsorgetatbestände, sondern mit den Rechtsschutz einschränkungen in Verbindung gebracht, die sich daraus ergeben, dass die fraglichen Maßnahmen heimlich, also ohne vorherige Kenntnis der oder des Betroffenen erfolgen. Da in Fällen heimlicher Grundrechtseingriffe nicht nur eine Anhörung ausfalle, sondern auch eine gerichtliche Überprüfung erst nach Vollzug der Maßnahme erfolgen könne, diene die vorherige Befassung eines Richters (oder eines juristisch geschulten Behördenleiters) dazu, für eine angemessene Berücksichtigung der Betroffeneninteressen zu sorgen und auf diese Weise auszugleichen, dass die Betroffenen selbst daran gehindert sind, auf den Schutz ihrer Belange hinzuwirken.<sup>377</sup> Durch die Vereitelung präventiven Rechtsschutzes bedinge die Heimlichkeit polizeilicher Maßnahmen zugleich eine erhöhte Gefahr rechtswidrigen, ja willkürlichen Behördenhandelns, und eben diese „Gefährdung des Rechtsstaatsprinzips“<sup>378</sup> werde durch die vorherige richter- oder behördenleiterliche Prüfung kompensiert.<sup>379</sup> In dieser Lesart sind es folglich nicht die verminderten Begrenzungsleistungen des Gesetzes, sondern die Einschränkungen der gesetzlichen Kontrollfunktion, die durch Behördenleiter- und Richtervorbehalt ausgeglichen werden. Verantwortlich für dieses Kontrolldefizit zeichnen allerdings nicht so sehr strukturelle Eigenschaften der fraglichen Tatbestände, wie deren Weite, Offen- oder Unbestimmtheit, als vielmehr die inhaltliche Entscheidung des Gesetzgebers, zu Eingriffen zu ermächtigen, die vor den Betroffenen (zunächst) geheim gehalten werden dürfen.<sup>380</sup>

---

S. 345 f.; differenzierend *T. R. Disselkamp*, Der Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme gemäß § 81a Abs. 2 StPO, 2019, S. 54 f.

<sup>377</sup> *M. Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 309; *T. E. Aschmann*, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, 1999, S. 136, 145, 155; *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 153 (allerdings nur für Richtervorbehalte); *K. F. Gärditz*, EuGRZ 2018, S. 6 (12); *S. Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007, S. 357; *S. Ottow*, Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht, 2014, S. 71 f.; *B. Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, 2013, S. 376; *S. Tanneberger*, Die Sicherheitsverfassung, 2014, S. 404 f.; *A. Voßkuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR V, 2013, § 131 Rn. 3; allgemein auch *H.-H. Trute*, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (419 ff.); für die strafprozessualen Richtervorbehalte *K. H. Schnarr*, NStZ 1991, S. 209 (210); aus der Rechtsprechung ebenso BVerfGE 120, 274 (332); 155, 119 (229); berichtend *E. Schmidt-Aßmann*, in: Festschrift für E. Schmidt-Jortzig, 2011, S. 433 (446).

<sup>378</sup> *L. Wildhagen*, Persönlichkeitsschutz durch präventive Kontrolle, 2011, S. 77.

<sup>379</sup> *L. Wildhagen*, Persönlichkeitsschutz durch präventive Kontrolle, 2011, S. 77, 78, 87; nachdrücklich zu der dieser Auffassung zugrundeliegenden Rekonstruktion präventiver Richtervorbehalte als „Reaktion auf eine Situation erhöhter Rechtswidrigkeitswahrscheinlichkeit“ vor allem *T. Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 331 f.

<sup>380</sup> Freilich lässt sich über die Einräumung normativer Letztentscheidungsspielräume ähnliches sagen, und auch die Weite eines Tatbestands ist genau genommen eine inhaltliche Frage. – Einen hilfreichen Überblick zur Verbreitung von Richter- oder Behördenleitervorbehalten im Zusammenhang mit derartigen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen bietet *D. Brodow-*



*bb) Berichtspflichten zugunsten unabhängiger Kontrollgremien*

Mit der Vorstellung, geheimhaltungsbedingte Rechtsschutzeinbußen könnten durch die stellvertretende Wahrnehmung der Betroffeneninteressen im Rahmen einer antragsunabhängigen Rechtskontrolle ausgeglichen werden, greift die Dogmatik der Richtervorbehalte eine Idee auf, die für den Bereich der Nachrichtendienste in Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG schon lange verfassungsrechtliche Weihen erhalten hat. Beschränken die Geheimdienste im Rahmen ihres Verfassungs- und Staatsschutzauftrags das Brief-, Post- oder Fernmeldegeheimnis, so kann die oder der Betroffene hierüber zunächst im Ungewissen gelassen und die Möglichkeit präventiven Rechtsschutzes entsprechend eingeschränkt werden, sofern „an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt“. Der kompensatorische Charakter dieses Rechtswegsubstituts wird nicht nur im Schrifttum regelmäßig hervorgehoben,<sup>381</sup> auch das BVerfG betont, es bedürfe gerade wegen der Rechtsschutzlücken, die angesichts der Geheimhaltung der entsprechenden Eingriffe drohten, eines der gerichtlichen Kontrolle materiell und verfahrensmäßig gleichwertigen und effektiven „Ersatzverfahrens“, das eine kontinuierliche rechtliche Überprüfung der Überwachungsmaßnahmen ermögliche.<sup>382</sup> Neben der G 10-Kommission des Bundes üben derzeit vor allem die äquivalenten Kontrollgremien auf Landesebene die Aufgabe dieser Ersatzkontrolle aus.<sup>383</sup> Unterrichtungspflichten seitens der zuständigen Ministerien binden diese Kontrolle in das Verwaltungsverfahren ein: Auf Bundes- wie auf Landesebene trifft die Ministerien, die eine dem G 10 unterliegende Eingriffsmaßnahme anordnen, die Pflicht, die Kommission über deren Anordnung zu unterrichten, noch bevor die Maßnahme vollzogen wird.<sup>384</sup> Hält die Kommission sie für unzulässig oder nicht notwendig, so hat das Ministerium die Anordnung aufzuheben.<sup>385</sup> In der Sache erstarkt die Kontrollbefugnis der G 10-Kommission damit zu einem Genehmigungsvorbehalt.<sup>386</sup>

---

*ski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016, S. 66 ff.

<sup>381</sup> Siehe nur *W. Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10 Rn. 224 (Stand: 91. Erg.-Lfg. April 2020); *D. Zöllner*, Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem, 1995, S. 192: „Ausgleich“.

<sup>382</sup> BVerfGE 30, 1 (23); siehe auch BVerfGE 100, 313 (361 f.) sowie knapp BVerfGE 67, 157 (185); dazu ferner *H. H. Kayzers*, AöR 129 (2004), S. 121 (131 ff.).

<sup>383</sup> BVerfGE 65, 157 (185) verweist in diesem Zusammenhang allerdings auch auf die Funktion von Datenschutzbeauftragten, dazu näher noch sogleich § 3 IV 4 a) dd).

<sup>384</sup> § 15 Abs. 6 S. 1 G 10; sowie aus dem Landesrecht beispielhaft § 2 Abs. 2 S. 1 BWAGG 10; Art. 2 Abs. 1 S. 1 BayAGG 10; § 5b Abs. 1 S. 4 NRWVSG; § 2 Abs. 1 S. 1 SächsAGG 10.

<sup>385</sup> § 15 Abs. 6 S. 6 G 10; sowie aus dem Landesrecht beispielhaft § 2 Abs. 2 S. 5 BWAGG 10; Art. 2 Abs. 1 S. 4 BayAGG 10; § 5b Abs. 1 S. 7 NRWVSG; § 2 Abs. 1 S. 5 SächsAGG 10.

<sup>386</sup> *H.-P. Schneider*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III, 2009, § 76 Rn. 75 f.

Ähnlich strukturiert ist auch die Kontrolle des BND durch den Unabhängigen Kontrollrat im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung.<sup>387</sup> Als Besonderheit erweist sich insofern, dass die durch ihn intendierte unabhängige Rechtskontrolle zwei Modi kennt: eine quasi-justizielle und eine administrative. Organisatorisch spiegelt sich das in der internen Gliederung des Unabhängigen Kontrollrats in ein gerichtsähnliches und ein administratives Kontrollorgan wider.<sup>388</sup> Eine entsprechende Ausdifferenzierung und Erweiterung der vormals bestehenden Kontrollstrukturen hatte das BVerfG unter ausdrücklicher Berufung auf den Kompensationsgedanken gefordert.<sup>389</sup> Neben einer unabhängigen gerichtsähnlichen Instanz, die durch rechtliche Einzelfallprüfungen eine dem gerichtlichen Rechtsschutz gleichwertige Rechtskontrolle gewährleiste, müsse der Gesetzgeber eine „unabhängige Rechtskontrolle administrativen Charakters“ einrichten, die „eigeninitiativ stichprobenmäßig den gesamten Prozess der strategischen Überwachung auf seine Rechtmäßigkeit“ hin überprüfen könne.<sup>390</sup> Der derart zweigleisigen Kontrolle misst das BVerfG eine gleich doppelte Kompensationsfunktion zu: Zum einen müsse das geheimhaltungsbedingte Defizit individuellen Rechtsschutzes „mit der objektivrechtlichen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle kompensiert werden“;<sup>391</sup> zum anderen sei eine entsprechende Kontrollstruktur auch „als Ausgleich für die im Wesentlichen nur finale Anleitung der Überwachungsbefugnisse“ erforderlich, sie bilde ein „Gegengewicht zu den weiten Handlungsmöglichkeiten des Bundesnachrichtendienstes“.<sup>392</sup> Auch für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den BND soll die Einbeziehung unabhängiger Kontrollgremien folglich sowohl die eingeschränkte Kontroll- als auch die reduzierte Begrenzungsfunktion des materiellen Rechts auffangen.

Im klassischen Polizeirecht sucht man nach derart starken Beteiligungsvorbehalten zugunsten unabhängiger Kontrollgremien fast durchweg vergeblich – und das, obwohl die Grenze zwischen Nachrichtendiensten und Polizei gerade auch deshalb zunehmend verschwimmt, weil geheime Datenerhebungen längst kein Alleinstellungsmerkmal der „Dienste“ mehr sind.<sup>393</sup> Die naheliegende Konsequenz aus dieser Entwicklung hat bislang einzig der Sächsische Verfas-

<sup>387</sup> Siehe § 23 Abs. 4, 7 BNDG.

<sup>388</sup> Vgl. § 40 BNDG; diese haben das vormals bestehende Unabhängige Gremium abgelöst, zu einer entsprechenden Prognose bereits *K. F. Gärditz*, JZ 2020, S. 825 (833), zum reformierten System *ders.*, DVBl. 2021, S. 905 (911 ff.).

<sup>389</sup> BVerfGE 154, 152 (290 ff.).

<sup>390</sup> BVerfGE 154, 152 (291).

<sup>391</sup> BVerfGE 154, 152 (290).

<sup>392</sup> BVerfGE 154, 152 (290).

<sup>393</sup> *M. Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 211; *C. Gusy*, Die Verwaltung 24 (1991), S. 467 (482 f.); *H.-H. Trute*, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (426); vgl. auch *E. Denninger*, KritV 1994, S. 232 (238); *M. Löffelmann*, GSZ 2018, S. 85 (86).

sungsgerichtshof gezogen.<sup>394</sup> Gestützt auf Art. 83 Abs. 3 der Sächsischen Verfassung kam er zu dem Urteil, dass es einer Ersatzkontrolle durch parlamentarisch bestellte Kontrollorgane auch dann bedarf, wenn nicht der Geheimdienst, sondern die Polizei auf nachrichtendienstliche Mittel zurückgreift und deren Einsatz – insbesondere deshalb, weil er heimlich erfolgt – zuvor keiner gerichtlichen Kontrolle unterlegen hat.<sup>395</sup> Ganz im Sinne des Kompensationsgedankens qualifiziert der Gerichtshof die demnach erforderliche Nachprüfung durch parlamentarische (Hilfs-)Organe als „funktionales Äquivalent richterlicher Kontrolle“.<sup>396</sup> Ihre Aufgabe sieht er vor allem darin, in „Reaktion auf den in diesem Bereich faktisch ausgeschlossenen gerichtlichen Rechtsschutz [...] die gebotene Legalität dieser Ermittlungsmethoden“<sup>397</sup> zu gewährleisten, zugleich aber auch die „demokratisch gebotene[,] Transparenz staatlichen Handelns in für Grundrechtsverletzungen besonders anfälligen Bereichen“ herzustellen.<sup>398</sup> Bei der Ausgestaltung dieser kompensatorischen Kontrolle stehe dem Gesetzgeber zwar ein Gestaltungsspielraum zu, doch müsse die Kontrolle permanent, einzelfallbezogen und „zeitnah zum Einsatz“ erfolgen, was – wie der VerfGH implizit voraussetzt – im Regelfall erfordert, dass die Kontrolle dem Vollzug der fraglichen Ermittlungsmaßnahmen vorausgeht.<sup>399</sup> Eine Berichtspflicht zugunsten des Kontrollorgans fordert der VerfGH zwar nicht ausdrücklich ein, sie liegt jedoch in der Konsequenz der derart konturierten Kontrolle. Deren Zweck sieht auch der VerfGH darin, die materiell-rechtlich reduzierte Kontrollfunktion des Gesetzes auszugleichen.

Neben diesen stark am Ideal der Gerichtsähnlichkeit orientierten Gremien<sup>400</sup> wird im Polizei- und Sicherheitsrecht gelegentlich auch der Einbindung von

<sup>394</sup> SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (288 ff.); im Schrifttum wird diese Parallele etwa bemüht von *H.-H. Trute*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501 (521).

<sup>395</sup> Art. 83 Abs. 3 Satz 2 SächsVerf lautet: „Der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel unterliegt einer Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane, sofern dieser Einsatz nicht der richterlichen Kontrolle unterlegen hat.“ Auch wenn die Vorschrift dem Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG durchaus ähnelt, knüpft er anders als dieser ausdrücklich an den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel an, setzt hingegen nicht voraus, dass diese zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder zum Schutz des Bestands des Bundes oder eines Landes ergriffen werden, und beschränkt sich auch nicht auf Maßnahmen, die das Brief-, Post- oder Fernmeldegeheimnis betreffen.

<sup>396</sup> SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (290); knapp – wohl zustimmend – erwähnt bei *H. Schulze-Fielitz*, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (430).

<sup>397</sup> SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (289).

<sup>398</sup> SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (289).

<sup>399</sup> SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (290).

<sup>400</sup> Besonders deutlich äußert sich diese in den Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen der Gremienmitglieder. So setzt § 15 Abs. 1 G 10 voraus, dass der Vorsitzende der G 10-Kommission die Befähigung zum Richteramt besitzt. § 43 Abs. 1 BNDG begrenzt die Mitgliedschaft im gerichtsähnlichen Kontrollorgan des Unabhängigen Kontrollrats sogar auf Personen, die bis zu ihrer Ernennung als Mitglied beim gerichtsähnlichen Kontrollorgan als Richterinnen oder Richter am BGH oder BVerwG tätig waren und in dieser Tätigkeit über langjährige Erfahrung verfügen.

Kontrollorganen eine Ausgleichsfunktion zugeschrieben, deren Prüftätigkeit sich zeitlich und sachlich stärker vom Einzelfall löst und stattdessen auf eine eher generalisierte<sup>401</sup> parlamentarische Kontrolle gerichtet ist. Auf Bundesebene zählt hierzu in erster Linie das Parlamentarische Kontrollgremium. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 PKGrG trifft die Bundesregierung die Pflicht, dieses sowohl über die allgemeine Tätigkeit von MAD, BND und Bundesverfassungsschutz als auch über nachrichtendienstliche Vorgänge von besonderer Bedeutung umfassend zu unterrichten.<sup>402</sup> Und auch in den Ländern besteht zur Überwachung der jeweiligen Verfassungsschutzbehörde ein Parlamentarisches Kontrollgremium,<sup>403</sup> dem die Landesregierung in regelmäßigen Abständen über die allgemeine Tätigkeit des Landesverfassungsschutzes und dessen Vorgänge von besonderer Bedeutung zu berichten hat.<sup>404</sup> Dem Parlamentarischen Kontrollgremium dienen die entsprechenden Berichte als Grundlage seiner Kontrolltätigkeit – einer Kontrolle, die aufgrund ihres parlamentarischen Charakters zwar gemeinhin als vorwiegend politische Kontrolle beschrieben wird, die darüber hinaus aber eben auch auf die Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zielt.<sup>405</sup> Dieser Doppelfunktion entsprechend wird im Schrifttum auch die Kompensationsfunktion der Einbindung des Parlamentarischen Kontrollgremiums in zwei unterschiedliche Richtungen hin entfaltet: Sie sei zum einen deshalb von besonderer Bedeutung, weil angesichts der Geheimhaltung geheimdienstlicher Maßnahmen „die ‚von außen‘ kommende Rechtskontrolle der Nachrichtendienste unvermeidlich defizitär“ sei.<sup>406</sup> Zum anderen kompensiere die politische Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium, dass die gesetzlichen Direktiven im Bereich des Sicherheitsrechts so offen und unbestimmt seien, dass sie die Tätigkeit der Nachrichtendienste gesetzlich nur schwach steuerten

<sup>401</sup> Vgl. etwa C. Gusy, NJW 1981, S. 1581 (1585): „Die parlamentarische Kontrolle vermag jedoch stets nur eine allgemeine politische Kontrollaufgabe zu erfüllen, eine effektive Verbesserung des Rechtsschutzes für den Betroffenen bedeutet sie kaum.“

<sup>402</sup> Nach § 55 BNDG trifft auch den Unabhängigen Kontrollrat die Pflicht, dem Parlamentarischen Kontrollgremium regelmäßig direkt über seine allgemeine Tätigkeit Bericht zu erstatten.

<sup>403</sup> Siehe etwa §§ 16 ff. LVSG BW; Art. 1 ff. BayPKGG; § 23 LVSG NRW; § 16 SächsVSG; § 26 LVSG S-H.

<sup>404</sup> Die Unterrichtungspflicht trifft dabei teils die Landesregierung als Ganze (so etwa in § 25 Abs. 1 S. 1 LVSG NRW und § 26 Abs. 5 1. Hs. LVSG S-H), teils das Innenministerium (so etwa in § 16c Abs. 1 S. 1 LVSG BW, Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayPKGG und § 17 Abs. 1 S. 1 SächsVSG).

<sup>405</sup> C. Gusy, ZRP 2008, S. 36 (38); H.-H. Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 45d Rn. 28 (Stand: 87. Erg.-Lfg. März 2019); ferner H.-P. Schneider, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III, 2009, § 76 Rn. 68 f.: Grundrechtsschutzfunktion; vgl. auch BVerfGE 67, 100 (130) für die (mögliche) Aufgabe eines Untersuchungsausschusses, die Rechtmäßigkeit des Regierungshandelns zu überprüfen.

<sup>406</sup> H.-H. Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 45d Rn. 28 (Stand: 87. Erg.-Lfg. März 2019); ebenso C. Gusy, ZRP 2008, S. 36 (38); in diese Richtung auch D. Peitsch/C. Polzin, NVwZ 2000, S. 387 (390).

und ihr in demokratischer Hinsicht folglich nur wenig Legitimation vermitteln.<sup>407</sup>

Ausgehend von dem Befund, dass auch verdeckte Datenerhebungen durch die Polizei der ersten dieser Schwierigkeiten begegnen, erweitert das Polizeirecht der Länder den Kontrollauftrag des Parlamentarischen Kontrollgremiums zuweilen auch auf entsprechende polizeiliche Maßnahmen<sup>408</sup> oder es etabliert zu deren Kontrolle ein gesondertes parlamentarisches Kontrollorgan, sei es als Gremium,<sup>409</sup> Kommission<sup>410</sup> oder als Ausschuss des Landesparlaments<sup>411</sup>. Ergänzt wird dies stets um die Pflicht der Landesregierungen, dem entsprechenden Gremium (teils vermittelt über den Landtag) über die fraglichen Maßnahmen der Polizei Bericht zu erstatten.<sup>412</sup> Zwar ist der Kreis der Maßnahmen, auf die sich die Berichtspflicht der Landesregierung und die Kontrolltätigkeit des entsprechenden Gremiums erstreckt, in den Ländern unterschiedlich weit gezogen. Doch die Kompensationslogik bleibt dabei durchweg erhalten: Vor allem im Hinblick auf die durch die Heimlichkeit der Maßnahmen reduzierte Kontrollfunktion des Gesetzes soll die Einbindung derartiger parlamentarischer Kontrollgremien ausgleichend wirken.<sup>413</sup>

### cc) Berichtspflichten zugunsten von Parlamenten

#### (1) Polizeirecht

Nicht wenige Stimmen sehen diese Kompensationslogik daneben auch dort am Werk, wo das Polizeirecht zwar keine eigenständigen Kontrollgremien etabliert, aber der Landesregierung aufgibt, den Landtag über bestimmte Maßnahmen zu unterrichten, um auf diese Weise deren parlamentarische Kontrolle durch das Plenum sicherzustellen.<sup>414</sup> In der Rechtsprechung des BVerfG findet

<sup>407</sup> C. Gusy, ZRP 2008, S. 36 (38).

<sup>408</sup> Art. 52 BayPAG; § 49 S. 3 POG Rhl-Pf.

<sup>409</sup> § 25 Abs. 10 BlnASOG; § 48h Abs. 1 SOG M-V; § 28a Abs. 5 SaarlPolG; § 186b LVwG S-H.

<sup>410</sup> § 17a HSOG.

<sup>411</sup> § 36 BremPolG; § 37b NdsPOG.

<sup>412</sup> Siehe die Nachweise in den Fn. 408–411.

<sup>413</sup> Insofern besteht kein Unterschied zu den sogleich noch zu erörternden Berichtspflichten zugunsten der Landesparlamente selbst, siehe zum diesbezüglichen Kompensationsanspruch die Nachweise in Fn. 414.

<sup>414</sup> Siehe etwa §§ 23a Abs. 10, 23b Abs. 14 PolG BW; § 24c Abs. 3 BlnASOG; §§ 28a Abs. 3, 31 Abs. 2 Satz 6, 33a Abs. 9, 33b Abs. 11, 36a Abs. 3 BbgPolG; §§ 68, 34c Abs. 9 PolG NRW; § 107 SächsPVDG; §§ 16 Abs. 2, 31 Abs. 6 SOG LSA; § 36 Abs. 7 ThürPAG; auf Bundesebene auch § 88 BKAG: Berichtspflicht des BKA an das Bundesinnenministerium, das den Bericht sodann an Bundesregierung und Bundestag weiterleitet. Zur Kompensationsfunktion derartiger Berichtspflichten u. a. M. Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 309; T. Barczak, in: Möstl/Kugelman (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 25. Ed. 15.04.2023, § 34c PolG NRW Rn. 39; I. Bonin, Grundrechtsschutz durch ver-

diese Lesart eine prominente Stütze. Sofern sich Ermittlungsmaßnahmen „der Wahrnehmung der Betroffenen und der Öffentlichkeit weitgehend entzieh[en]“ und folglich „eine effektive gerichtliche Kontrolle nicht ausreichend möglich ist“, müsse, so ist inzwischen in mehreren Karlsruher Entscheidungen zu lesen, der Gesetzgeber gerade deshalb durch Berichtspflichten gegenüber Parlament und Öffentlichkeit dafür Sorge tragen, dass diese regelmäßig und „hinreichend gehaltvoll“ über die fraglichen Maßnahmen unterrichtet würden.<sup>415</sup> Der „demokratische[n] Kontrolle und Überprüfung“<sup>416</sup> durch das Parlament wird damit die Aufgabe übertragen, die Defizite des Individualrechtsschutzes auszugleichen und die geheimhaltungsbedingten Einschränkungen der Kontrollfunktion des Gesetzes zu kompensieren.<sup>417</sup> Erstaunlicherweise fällt dabei auf, dass der Kompensationsanspruch jedenfalls im Polizeirecht kaum je auf mögliche Legitimationseffekte einer demokratischen Kontrolle gestützt wird.<sup>418</sup> Gerade die oft beklagte Konturenlosigkeit<sup>419</sup> vorsorgegeprägter Eingriffstatbestände böte dazu Anlass. Denn führt die Offenheit der gesetzlichen Vorgaben dazu, dass die legitimatorisch unverzichtbare Rückkoppelung zwischen Parlamentsbeschluss und konkreter Einzelmaßnahme nur schwach ausgeprägt ist, so könnten Berichtspflichten auch als Instrument dazu verstanden werden, den Gesetzgeber über die behördliche Konkretisierungspraxis in Kenntnis zu setzen und ihn damit vor die Wahl zu stellen, diese durch Beibehaltung der Gesetzeslage stillschweigend zu billigen oder sie durch eine legislatorische Nachsteuerung zu korrigieren.<sup>420</sup>

---

fahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 257 ff.; A. Buchmann, in: Möstl/Kugelmann (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 16. Ed. 01.12.2020, § 68 Rn. 5; J. Nusser, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, § 49 Rn. 10; H. Schulze-Fielitz, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (429 f.); vgl. allgemein zur Rechtsschutzfunktion des Parlaments G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 174 ff.

<sup>415</sup> BVerfGE 133, 277 (372); 141, 220 (285).

<sup>416</sup> BVerfGE 133, 277 (372); 141, 220 (285).

<sup>417</sup> Dass sie daneben auch dazu dient, dem Gesetzgeber eine Kontrolle der „Normeffizienz“ zu ermöglichen und die eigenen Prognosen ggfs. zu korrigieren (so BT-Drs. 13/8650, S. 5 zur Berichtspflicht aus Art. 13 Abs. 6 GG), steht in enger Beziehung zu Beobachtungspflichten des Gesetzgebers und entfaltet daher mglw. im Hinblick auf das Gesetzgebungs- nicht aber auf das Verwaltungsverfahren kompensatorische Wirkungen, vgl. zu diesem Zusammenhang knapp M. Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 311 f.; H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (425).

<sup>418</sup> Vgl. allgemein zur (demokratischen) Legitimationsfunktion parlamentarischer Kontrolle J. Schmidt, Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle, 2007, insbes. S. 63 ff.; ferner S. T. Siefken, Parlamentarische Kontrolle im Wandel, 2018, S. 43 f.

<sup>419</sup> Zur entsprechenden Kritik bereits oben § 3 IV 2 c) bb) mit Nachweisen in Fn. 231

<sup>420</sup> Vgl. erneut J. Schmidt, Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle, 2007, S. 104 f.

## (2) Telekommunikationsregulierungsrecht

Im Regulierungsrecht sind es hingegen eben diese Erwägungen, aus denen heraus § 195 Abs. 1 Satz 1, 2 i. V. m. Abs. 2 TKG die Bundesnetzagentur dazu verpflichtet, im Zweijahresturnus über ihre Regulierungspraxis zu berichten. Der Selbstbericht der Bundesnetzagentur, der neben dem Bundestag auch an den Bundesrat zu adressieren ist,<sup>421</sup> wird dabei durch ein Gutachten der Monopolkommission ergänzt, das unter anderem die Anwendung der TKG-Vorschriften im Rahmen der Regulierungsentscheidungen der BNetzA würdigt.<sup>422</sup> Gemeinsam zielen diese Berichte darauf ab, eine parlamentarische Kontrolle der Regulierungstätigkeit zu ermöglichen<sup>423</sup> – allerdings nicht, um damit individuelle Rechtsschutzdefizite aufzufangen. Vielmehr verfolgt die Informationspflicht das Ziel, „die Diskussion über eine noch nicht gefestigte Verwaltungspraxis wachzuhalten“<sup>424</sup> und „Defizite in der Umsetzung der Regulierungsziele durch Anpassungen des regulatorischen Rahmens“<sup>425</sup> ausgleichen zu können. Auch wenn der Kompensationsgedanke in diesem Zusammenhang nicht explizit erwähnt wird, so wird er hierin doch zumindest in Umrissen erkennbar. Indem Berichtspflichten die Regulierungspraxis einer Kontrolle durch Parlament und Öffentlichkeit zuführen, eröffnen sie eine Deliberationsschleife, die angesichts der Möglichkeit gesetzgeberischer Nachjustierung kompensieren soll, dass die offenen Strukturen der regulierungsrechtlichen Tatbestände die ihnen zugedachte Steuerungs- und Legitimationsfunktion nur eingeschränkt erfüllen.

*dd) Beteiligung der oder des Datenschutzbeauftragten*

Daneben nimmt auch die aufsichtliche Kontrolle durch Datenschutzbeauftragte einen festen Platz im Kanon partizipativer Verfahrenselemente mit Kompensationsanspruch ein.<sup>426</sup> Im Zusammenhang mit heimlichen Überwachungsmaß-

<sup>421</sup> T. Fetzner, in: ders./Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 121 Rn. 2.

<sup>422</sup> § 195 Abs. 2 Satz 1 TKG.

<sup>423</sup> BR-Drs. 80/96, S. 52; T. Attendorn/M. Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 121 Rn. 1.

<sup>424</sup> T. Attendorn/M. Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 121 Rn. 4.

<sup>425</sup> T. Attendorn/M. Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 121 Rn. 5. Auch hier ist der Zusammenhang zu gesetzgeberischen Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten unverkennbar; zu diesen noch unten § 3 V 5.

<sup>426</sup> Zur Deutung der Aufsicht durch Datenschutzbeauftragte als Kompensationsinstrument etwa M. Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 309; V. Bartsch, Rechtsvergleichende Betrachtung präventiv-polizeilicher Videoüberwachungen öffentlich zugänglicher Orte in Deutschland und in den USA, 2004, S. 226f.; G. Beaucamp, DVBl. 2017, S. 534 (537); I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 250ff.; S. Middel, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007, S. 356f.; H. Schulze-Fielitz, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser,

nahmen von Polizei und Nachrichtendiensten deutet das BVerfG sie in mittlerweile ständiger Rechtsprechung als Ausgleich für die geheimhaltungsbedingten Einschränkungen des Individualrechtsschutzes.<sup>427</sup> Die durch das materielle Recht erheblich verminderte Kontrollfunktion wird in dieser Lesart pauschal dem Bundes- und den Landesbeauftragten für den Datenschutz übertragen. Erstaunlich wenig Aufmerksamkeit findet dabei, dass die Intensität der Einbindung der Datenschutzaufsicht erheblich variiert. Sofern die einschlägigen landesgesetzlichen Bestimmungen den Landesdatenschutzbeauftragten schlicht die Aufgabe übertragen, bei den öffentlichen Stellen die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben zu überprüfen,<sup>428</sup> beschränkt sich die Kontrolle auf Stichproben oder systematisch ausgewählte Referenzfälle,<sup>429</sup> und die Prüfung der untersuchten Behördenentscheidungen ist diesen in zeitlicher Hinsicht teils erheblich nachgelagert.<sup>430</sup> Eine engere Anbindung an das Verwaltungsverfahren, in dem über die Anordnung der datenschutzrelevanten Maßnahmen entschieden wird, findet hingegen nur dort statt, wo eine Pflicht zur (vorherigen) Unterrichtung der oder des zuständigen Datenschutzbeauftragten vorgesehen ist oder gar deren bzw. dessen Zustimmung erforderlich ist.<sup>431</sup> Eine gesetzliche Pflicht, gerade eine spezifische Behördenentscheidung einer datenschutzrechtlichen Revision zu unterziehen, besteht nur in diesen Fällen.<sup>432</sup> Sie sind jedoch ausgesprochen selten. Regelmäßig vorgesehen ist eine entsprechende Unterrichtungs- bzw. Anzeigepflicht lediglich für die Anordnung der Rasterfahndung und die Videoüberwachung im öffentlichen Raum.<sup>433</sup>

---

2003, S. 407 (430); W. Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror, 2007, S. 119; H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (420 f.); D. Zöllner, Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem, 1995, S. 204 ff. m. w. Nachw.

<sup>427</sup> Ausdrücklich BVerfGE 133, 277 (369 ff.); 141, 220 (284 f.); der Sache nach ebenso BVerfGE 65, 1 (46); 67, 157 (185); 150, 244 (302 f.); 150, 309 (341 f.).

<sup>428</sup> Vgl. etwa § 25 Abs. 1 LDSG BW i. V. m. Art. 51 DSGVO; § 13 HDSIG; § 27 Abs. 1 S. 1 SächsDSG sowie für den Bund § 9 Abs. 1 BDSG; vgl. auch T. E. Aschmann, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, 1999, S. 207.

<sup>429</sup> D. Zöllner, Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem, 1995, S. 53; ausdrücklich normiert etwa in § 33c PolG NRW: „mindestens alle zwei Jahre zumindest stichprobenartige Überprüfungen“.

<sup>430</sup> Nach der von den Landesgesetzen vielfach rezipierten Auffassung des BVerfG genügt eine datenschutzrechtliche Kontrolle im Abstand von zwei Jahren noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen, siehe BVerfGE 133, 277 (370 f.); 141, 220 (285); aus der Landesgesetzgebung etwa Art. 51 Abs. 2 S. 1 PAG Bayern; § 47 Abs. 5 S. 1 POG Rhl-Pf.

<sup>431</sup> Überblick über unterschiedliche Beteiligungsformen der oder des Datenschutzbeauftragten bei I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 251.

<sup>432</sup> T. E. Aschmann, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, 1999, S. 207: „Aus der gesetzlichen Unterrichtungspflicht [...] resultiert [...] eine Prüfungspflicht der gemeldeten Fälle.“; ähnlich H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (421), der von einem „Rechtsschutzinitiativeneffekt“ der Unterrichtungspflicht spricht.

<sup>433</sup> Überblick über die landesrechtlichen Bestimmungen im Hinblick auf die Rasterfahndung bei I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maß-



ee) Beteiligung der Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörde

In der Judikatur zu der vom BVerfG behaupteten „Kompensationsfunktion der aufsichtlichen Kontrolle“<sup>434</sup> findet die Funktion der oder des Datenschutzbeauftragten zuweilen indes eher beispielhafte Erwähnung.<sup>435</sup> Ergänzt wird sie oft um den Hinweis auf die Fachaufsicht,<sup>436</sup> was die Vermutung nährt, dass nach Auffassung des Gerichts auch diese zum Ausgleich der Schwächen des Individualrechtsschutzes beiträgt.<sup>437</sup> Im Schrifttum findet sich vereinzelt gar die Überzeugung, die Fachaufsicht kompensiere die Offenheit gesetzlicher Programme und diene dazu, nicht nur offenheitsbedingte Defizite gesetzlicher Steuerung auszugleichen, sondern auch die Gleichheitsfunktion, die das Gesetz angesichts seiner zurückgenommenen Regelungsdichte nur noch eingeschränkt erfülle, an dessen Stelle zu übernehmen.<sup>438</sup>

Dass die allgemeinen Befugnisse der Fachaufsicht als genuin kompensatorisches Institut zu verstehen sind, liegt in dieser Generalität indes schon deshalb nicht nahe, weil es für deren Bestehen genügt, dass die Verwaltung Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis wahrnimmt.<sup>439</sup> Von Struktur und Inhalt der für eine Verwaltungsentscheidung maßgeblichen materiell-rechtlichen Bestimmungen und diesbezüglichen Defiziten sind sie unabhängig. Ob das materielle Recht besonders konkretisierungsbedürftig ist, Beurteilungsspielräume einräumt oder zu Grundrechtseingriffen ermächtigt, über die die Betroffenen im

---

nahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 251 Fn. 1295; siehe für die Videoüberwachung etwa § 18 Abs. 6 LDSG BW; § 30 Abs. 7 POG Rhl-Pf. Die Videoüberwachung im öffentlichen Raum stellt dabei insofern einen atypischen Fall dar, als die einschlägigen Rechtsgrundlagen regelmäßig vorsehen, dass die Überwachung durch einen Aushang am überwachten Ort kenntlich gemacht werden muss. Der Eingriff erfolgt folglich nur insofern heimlich, als eine Person, die von der Bekanntmachung Kenntnis nimmt, sich bereits im überwachten Bereich befindet.

<sup>434</sup> BVerfGE 133, 277 (370); 141, 220 (285).

<sup>435</sup> Insofern deutlich etwa BVerfGE 133, 277 (370); 141, 220 (284); siehe auch BVerfGE 67, 157 (185); BVerfG, NJW 2020, S. 2235 (2264 Rn. 282).

<sup>436</sup> Vgl. zum – diffusen – Konzept der Fachaufsicht *T. Groß*, DVBl. 2002, S. 793 (793 ff.).

<sup>437</sup> Zweifel an dieser Interpretation der BVerfG-Rechtsprechung weckt indes, dass das Gericht verlangt, die kontrollierende Stelle müsse Unabhängigkeit genießen und dürfe keinen Weisungen unterliegen – Voraussetzungen, die für die Behörden der Fachaufsicht regelmäßig schon deshalb fehlen, weil die hierarchisch aufgebaute unmittelbare Staatsverwaltung den Kernanwendungsfall der Fachaufsicht bildet und die Aufsicht selbst dort, wo eine Fachaufsicht über selbstständige Verwaltungsträger besteht, von Stellen ausgeübt wird, die in die staatliche Verwaltungshierarchie eingebunden sind.

<sup>438</sup> *C. Jock*, Das Instrument der Fachaufsicht, 2011, S. 169 ff., 174, 180; vgl. für eine in legitimatorischer Hinsicht kompensatorische Funktion des ministeriellen Weisungsrechts auch *W. Kabl*, Staatsaufsicht, 2000, S. 483 mit Fn. 75.

<sup>439</sup> Vgl. *F.-L. Knemeyer*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 12 Rn. 72 ff.; *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 22 Rn. 33; *G. Püttner*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 2007, S. 285; ferner *E. T. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 84 f.

Ungewissen bleiben – all das ist für das Bestehen der allgemeinen fachaufsichtlichen Befugnisse nicht von Bedeutung. Auf einen irgendwie gearteten Missstand scheinen sie daher nicht zu reagieren. Anlass für die Hypothese, der fachaufsichtlichen Kontrolle komme eine Ausgleichsfunktion zu, besteht demnach allenfalls dort, wo die Fachaufsicht in besonderer Weise in Verwaltungsverfahren eingebunden ist – etwa durch die Pflicht, die Fachaufsichtsbehörde über eine bestimmte Entscheidung zu unterrichten, ihr vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben oder gar ihr Einvernehmen einzuholen. In diesen Fällen mag die besonders enge Einbeziehung der Fachaufsicht ein Indiz dafür darstellen, dass die gesteigerte Intensität der fachaufsichtlichen Prüfung doch Funktionsdefizite kompensieren soll, die eben nur in diesen Fällen bestehen.

### (1) *Personenbeförderungsrecht*

In den hier untersuchten Referenzgebieten sind derartige Vorgaben indes selten. So trifft den Aufgabenträger im Personenbeförderungsrecht zwar nach den landesrechtlichen Vorgaben mitunter die Pflicht, einen von ihm beschlossenen Nahverkehrsplan dem aufsichtsführenden Regierungspräsidium anzuzeigen. Doch stellt die Aufstellung des Nahverkehrsplans eine weisungsfreie Pflichtaufgabe dar,<sup>440</sup> für die der planende Aufgabenträger lediglich der Rechts-, nicht aber der Fachaufsicht unterliegt.<sup>441</sup> Erblickt man die Kompensationsfunktion der aufsichtlichen Kontrollen vor allem darin, Einschränkungen der Möglichkeit individuellen Rechtsschutzes auszugleichen, so mag man in dieser Einbeziehung der Rechtsaufsicht allenfalls einen Ausgleich dafür sehen, dass der Nahverkehrsplan selbst ein Verwaltungsinternum bleibt und kein unmittelbarer Rechtsschutz gegen ihn offensteht. Ob das angesichts der Möglichkeit, den Nahverkehrsplan im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle personenbeförderungsrechtlicher Genehmigungsentscheidungen inzident zu überprüfen, wirklich der Kompensation bedarf, erscheint indes zweifelhaft. Soweit ersichtlich wird die Anzeigepflicht denn auch nicht als kompensatorisches Verfahrenselement qualifiziert.

### (2) *Polizeirecht*

Im Polizeirecht der Länder ist die Beteiligung der Fachaufsicht vor allem im Zusammenhang mit dem Erlass von Polizeiverordnungen regelmäßig vorgesehen. Teils statuieren die einschlägigen Rechtsgrundlagen dabei präventive Kenntnisgabe- oder Genehmigungsvorbehalte, teils verlangen sie lediglich, der

<sup>440</sup> So ausdrücklich § 11 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG BW.

<sup>441</sup> Vgl. exemplarisch § 118 Abs. 1 GemO BW; nach *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 451 f. gilt dies selbst in den Ländern, deren ÖPNVG dies nicht ausdrücklich vorsehen.

Fachaufsicht die entsprechenden Verordnungen unverzüglich nach deren Verkündung zur Prüfung vorzulegen.<sup>442</sup> Ungeachtet dieser unterschiedlichen Ausgestaltung wird der Sinn und Zweck der fachaufsichtlichen Mitwirkungsbefugnisse durchweg darin gesehen, die rechtmäßige und zweckgerechte Ausübung der Polizeiverordnungsbefugnisse sicherzustellen,<sup>443</sup> weil deren fehlerfreie Wahrnehmung durch die Gemeinden und Kreise „mangels spezialisierter Kräfte und [angesichts] des beschränkten Blickes auf einen örtlichen Ausschnitt“ nicht immer gewährleistet sei.<sup>444</sup> Mag man die fachaufsichtliche Kontrolle demnach auch als Kompensation für die strukturelle Fehleranfälligkeit der Rechtsetzung durch Unterbehörden verstehen, so gleicht sie doch jedenfalls keine rechtlich bedingten, sondern eher faktische Defizite aus. Vielleicht auch deshalb sind die entsprechenden Fachaufsichtsvorbehalte in der Diskussion über Kompensation durch Verfahren bisher weitgehend unbeachtet geblieben.<sup>445</sup>

### (3) Gesundheitsrecht

Ausdrücklich und ausführlich diskutiert wird die Kompensationsfunktion (fach-)aufsichtlicher Beteiligungsvorbehalte indes im Gesundheitsrecht. Ihren normativen Anknüpfungspunkt findet sie in § 94 Abs. 1 SGB V. Dieser sieht vor, dass vom Gemeinsamen Bundesausschuss beschlossene Richtlinien nur dann wirksam werden, wenn sie zuvor dem Bundesministerium für Gesundheit zur Prüfung vorgelegt und von diesem nicht beanstandet werden.<sup>446</sup> Für den Fall des Richtlinienerlasses konkretisiert § 94 Abs. 1 SGB V damit die in § 91a Abs. 1 S. 1 SGB V vorgesehene Aufsicht des Bundesgesundheitsministeriums über den GBA.<sup>447</sup> Gemeinsam mit dem Methadon-Urteil des BSG erkennen Teile des Schrifttums die Funktion dieses Ministerialvorbehalts darin, ein Demokratiedefizit auszugleichen, unter dem die Rechtsetzung durch den GBA andernfalls leide.<sup>448</sup> Getragen von der Überzeugung, dass eine solche Kompensation aus

<sup>442</sup> Überblick bei *H. Burke*, Die Polizeiverordnung, 2019, S. 105 ff. mit Verweisen auf die einschlägigen Normen des Landesrechts.

<sup>443</sup> *H. Burke*, Die Polizeiverordnung, 2019, S. 105; ähnlich *T. Reinhardt*, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, § 24 Rn. 1.

<sup>444</sup> *H. Burke*, Die Polizeiverordnung, 2019, S. 107.

<sup>445</sup> Das zeigt sich schon daran, dass die einschlägige Monographie zur Kompensation durch Verfahren im Polizeirecht auf die Fachaufsicht überhaupt nicht eingeht, siehe *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, insbes. S. 246–269.

<sup>446</sup> Aus dem Normtext geht das nicht unmittelbar hervor, siehe aber *J. Jousen*, in: Rolfs u. a. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, § 94 SGB V Rn. 2; *R. Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 94 Rn. 2 ff.

<sup>447</sup> *R. Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 94 Rn. 1; ebenso (zur alten Rechtslage) *D. Roters*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 94 SGB V Rn. 5 (Stand: 84. Erg.-Lfg. Dezember 2014).

<sup>448</sup> BSGE 70, 78 (84); *D. Kellner*, GesR 2006, S. 204 (205 f.); *S. Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, 2006, S. 222 ff.; *G. Schwerdtfeger*, NZS 1998, S. 49 (52);

legitimatorischen Gründen nötig, durch eine bloße Rechtsaufsicht indes nicht zu leisten sei, deuten sie die vom Bundesministerium im Rahmen des § 94 Abs. 1 SGB V ausgeübte Aufsicht als Befugnis dazu, die Richtlinien auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit zu kontrollieren, also eine vollumfängliche Fachaufsicht auszuüben.<sup>449</sup> Die These, der GBA unterliege beim Richtlinienenerlass der ministeriellen Fach- und nicht lediglich der Rechtsaufsicht, hat allerdings mehr Gegner als Anhänger gefunden und auch das BSG folgt ihr nicht.<sup>450</sup> Die demnach allein verbleibende, auf die Einhaltung rechtlicher Vorgaben beschränkte Kontrolle verspricht aber keinen demokratisch-legitimatorischen Mehrwert, der über die durch das Gesetz vermittelte sachlich-inhaltliche Legitimation hinausgeht.<sup>451</sup> Folgerichtig wird die Behauptung, das ministerielle Beanstandungsrecht kompensiere ein demokratisches Defizit vom überwiegenden Teil der Autorinnen und Autoren denn auch nicht geteilt.<sup>452</sup>

Ausgehend von den obigen Definitionsbemühungen überzeugte es zudem auch begrifflich nicht, die ministerielle Fachaufsicht über den GBA als Kompensationsmechanismus für eventuell bestehende demokratische Defizite zu qualifizieren. Denn sofern sich die demokratische Legitimation des GBA tatsächlich als prekär erweist, so rührt dies – wie bei allen Einrichtungen der funk-

---

wohl auch *H. Sodan*, NZS 2000, S. 581 (586); kritisch dazu *F. Ossenbühl*, NZS 1997, S. 497 (502f.).

<sup>449</sup> *D. Kellner*, GesR 2006, S. 204 (205); *G. Schwerdtfeger*, NZS 1998, S. 49 (52); *H. Sodan*, NZS 2000, S. 581 (586); zurückhaltender, aber im Ergebnis wohl ebenso *S. Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, 2006, S. 218 ff., 222, die feststellt, dass „Ansätze einer Fachaufsicht vorhanden sind bzw. diese nicht kategorisch ausgeschlossen werden kann“; tendenziell gleichsinnig auch *A. Schneider-Danwitz/G. Glaeske*, MedR 1999, S. 164 (170).

<sup>450</sup> BSGE 103, 106 (115 ff.); *J. Joussen*, in: Rolfs u. a. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, § 94 SGB V Rn. 3; *T. Hebel*, DÖV 2002, S. 936 (943); *M. Kaltenborn*, VSSR 2000, S. 249 (267); *D. Roters*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 94 SGB V Rn. 4 (Stand: 84. Erg.-Lfg. Dezember 2014); *R. Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 94 Rn. 10; *H. Sodan/B. Hadank*, NZS 2018, S. 804 (805); *K. Ziermann*, Inhaltsbestimmung und Abgrenzung der Normsetzungskompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Bewertungsausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2007, S. 92f.

<sup>451</sup> Vgl. nur *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. II Rn. 168 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022) sowie in der Sache wohl ebenso *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 288f.; im sozialrechtlichen Kontext auch *T. Hebel*, DÖV 2002, S. 936 (942); anders aber *S. Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, 2009, S. 155f., die bei unbestimmten Rechtsbegriffen (ohne Beurteilungsspielraum) eine legitimatorische Wirkung der Rechtsaufsicht darin sieht, dass die Rechtsaufsicht unbestimmte Rechtsbegriffe in ihrem Sinne konkretisieren könne; zur legitimatorischen Funktion der Fachaufsicht aus jüngerer Zeit nur *M. Etscheid*, DÖV 2021, S. 297 (299f.).

<sup>452</sup> *M. Kaltenborn*, VSSR 2000, S. 249 (263 ff., insbes. 267); *F. Ossenbühl*, NZS 1997, S. 497 (502f.); *R. Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 94 Rn. 11; siehe auch *T. Hebel*, DÖV 2002, S. 936 (942f.); vgl. ferner *T. Kingreen*, NJW 2006, S. 877 (880): „durch die Aufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit (§ 94 SGB V) nur unzureichend kompensiert“.

tionellen Selbstverwaltung – gerade (auch) daher, dass sie anders als die in die unmittelbare Staatsverwaltung eingegliederten Stellen nicht den Weisungen der Fachaufsicht unterliegen.<sup>453</sup> Das Hinzutreten eines fachaufsichtlichen Beauftragungsrechts wäre angesichts dessen schon deshalb nicht als Kompensation zu qualifizieren, weil eine solche begrifflich voraussetzte, dass die Mangelhaftigkeit des ursprünglichen Zustands durch das Hinzutreten eines *aliuds*, eines Surrogats, beseitigt würde. Kompensationen kennzeichnet, dass sie das Fehlen von etwas durch etwas anderes ausgleichen.<sup>454</sup> Wird der defizitbegründende Wegfall der Fachaufsicht aber gerade durch die (Wieder-)Eröffnung der Fachaufsicht wettgemacht, so fehlt es hieran.

Diesem Einwand vermag nur zu entgehen, wer den Ursprung des legitimatorischen Defizits der Richtliniengebung durch den GBA nicht in dessen personeller Zusammensetzung erblickt, sondern in der Weite der gesetzlichen Grundlagen seiner Tätigkeit und damit in der Schwäche seiner sachlich-inhaltlichen Legitimation. Und tatsächlich lässt sich – da beide Legitimationsstränge (jedenfalls innerhalb gewisser Grenzen) wechselseitig austauschbar sind – kaum je definitiv bestimmen, welche Seite der Legitimationsvermittlung dafür verantwortlich zeichnet, dass ein hinreichendes Legitimationsniveau nicht erreicht wird. Vor diesem Hintergrund ließe sich die Einbindung der ministeriellen Fachaufsicht in den Richtlinienenerlass des GBA als Kompensation dafür interpretieren, dass die materiellen Vorgaben – konkret: das durch die Richtlinien des GBA konkretisierte Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V – angesichts ihrer Weite und Konkretisierungsbedürftigkeit die ihnen zugedachte Legitimationsfunktion nur eingeschränkt erfüllen. Von den Stimmen, die § 94 Abs. 1 SGB V eine Ausgleichsfunktion zuweisen, wird das indes ausdrücklich anders gesehen; sie sehen das auszugleichende Defizit auf Seiten der personellen Legitimation.<sup>455</sup>

*ff) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch die Einbindung öffentlicher Aufsichtsgremien*

Wie die vorstehenden Überlegungen gezeigt haben sollten, bemüht sich das Verwaltungsrecht darum, Schwächen des materiellen Rechts gerade auch dadurch auszugleichen, dass es öffentliche Stellen mit Aufsichtsfunktion in das

<sup>453</sup> Vgl. *E. T. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 51: Der „Begriff [der Selbstverwaltung] impliziert den Ausschluß der staatlichen Fachaufsicht.“ Hinzukommt, dass auch die Berufung der Mitglieder des GBA sich nicht auf das Gesamtvolk zurückführen lässt, sodass ihnen auch die organisatorisch-personelle Legitimation fehlt; vgl. dazu für die funktionale Selbstverwaltung allgemein *S. Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, 2009, S. 187f. sowie *H. M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 479f.; konkret für den GBA *V. Neumann*, NZS 2010, S. 593 (594).

<sup>454</sup> Dazu bereits oben § 2 II 2 b).

<sup>455</sup> So z. B. *S. Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, 2006, S. 186 f.

Verwaltungsverfahren einbindet. Ruft man ausgehend hiervon noch einmal die leitende Frage in Erinnerung, welches konkrete Defizit des materiellen Rechts dabei kompensiert wird, so zeigt sich: Im Vordergrund steht beinahe durchweg das Anliegen, die Einschränkungen der Kontrollfunktion des Gesetzes auszugleichen – ja genauer: die Absicht, die spezifischen Kontrolldefizite zu kompensieren, die sich daraus ergeben, dass das materielle Recht behördliche Entscheidungen ermöglicht, von denen die Betroffenen gar nicht oder nicht rechtzeitig erfahren, um gerichtlichen Rechtsschutz einholen zu können, bevor sie vollzogen werden. Schon weil sich derartige Entscheidungen allen voran im Polizei- und Sicherheitsrecht finden, dürfte sich die Einbindung öffentlicher Aufsichtsstellen in ihrer Funktion als prozedurales Kompensationsinstrument kaum verallgemeinern lassen.

Zwar wird die Einbindung von öffentlichen Aufsichtsstellen gelegentlich auch mit der Hoffnung verbunden, sie könne die reduzierte Begrenzungsfunktion vager Tatbestände kompensieren. Doch begegnet auch dieser Anspruch allein im Polizei- und Sicherheitsrecht, obwohl sich das Problem weiter oder unbestimmter Tatbestände auch in anderen Gebieten zeigt.

Nur im Hinblick auf einen Ausgleich der reduzierten Legitimationsfunktion scheint der Kompensationsgedanke auch jenseits des Polizei- und Sicherheitsrechts (sehr) vereinzelt auf, wenn sich namentlich Regulierungs- und Gesundheitsrecht von der parlamentarischen Kontrolle und der Einbindung der Fachaufsicht einen Ausgleich von Legitimationsdefiziten versprechen.

Die Anschlussfrage, auf welche spezifische Weise die Verfahrenseinbindung der fraglichen öffentlichen Stellen zur Kompensation von Kontroll-, Begrenzungs- und Legitimationsdefiziten beiträgt, erlaubt schließlich ebenfalls keine verallgemeinernde Antwort. Denn selbst innerhalb des Polizei- und Sicherheitsrechts oszillieren die konkreten Ausgestaltungen zwischen einer einzelfallbezogenen, gerichtlichen Präventivkontrolle, wie sie vor allem Richtervorbehalte in idealtypischer Form verkörpern, und einer generalisierten, notwendigerweise nachlaufenden parlamentarischen Kontrolle, wie sie vor allem in Berichtspflichten zugunsten der Landesparlamente zum Ausdruck kommt.

#### *b) Beteiligung von Behörden, deren Aufgabenbereich berührt ist*

Wo die Einbindung öffentlicher Stellen nicht im Zeichen von Aufsicht und Kontrolle steht, findet sie ihren Grund häufig darin, dass die zu treffende Entscheidung nicht nur den Aufgabenbereich der verfahrensleitenden, sondern auch denjenigen anderer – eben deshalb am Verfahren zu beteiligender – Behörden berührt. Die Art und Weise dieser Berührung nimmt allerdings durchaus unterschiedliche Formen an. Und auch der Kompensationsgedanke wird nicht für alle Fälle der Verfahrensbeteiligung „betroffener“ Behörden in Stellung gebracht. Was also kennzeichnet die Konstellationen, in denen der Verfahrensbe-

teiligung berührter Behörden ein Kompensationsanspruch attestiert wird? Bemüht man sich insofern um eine systematisierende Bestandsaufnahme, so bietet es sich an, zwei Berührungsmodi zu unterscheiden: Eine *schlichte Berührung*, bei der die zu treffende Entscheidung Auswirkungen auf öffentliche Belange hat, deren Wahrung (auch) der am Verfahren zu beteiligenden Behörde anvertraut ist; und eine *qualifizierte* oder *kompetenzbeschränkende Berührung*, bei der sich die Entscheidung darüber hinaus auch im Kompetenzbereich der beteiligten Behörde bewegt, in diesen eingreift oder gar Entscheidungszuständigkeiten der hinzugezogenen Behörde verdrängt.<sup>456</sup> Blickt man vor dem Hintergrund dieser Unterscheidung auf die Referenzgebiete, so zeigt sich, dass es allein Konstellationen qualifizierter bzw. kompetenzbeschränkender Berührung sind, in denen der behördlichen Verfahrensbeteiligung auch eine Ausgleichsfunktion zugeschrieben wird: Die Einbußen, die die beteiligte Behörde im Hinblick auf ihre eigene Entscheidungszuständigkeit hinnehmen muss, werden kompensiert, indem ihr die Möglichkeit eröffnet wird, sich in dem Verfahren einzubringen, in dem die Entscheidung nunmehr getroffen wird.<sup>457</sup> Zugleich zeigt sich indes, dass eine qualifizierte Berührung lediglich eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung dafür ist, dass die behördliche Verfahrensbeteiligung als Ausdruck prozeduraler Kompensation gedeutet wird. Vor allem am Wirtschafts- und Umweltverwaltungsrecht lässt sich das gut illustrieren. Polizei-

<sup>456</sup> Die im Zusammenhang mit behördlichen Beteiligungsrechten oftmals betonte Parallele zu § 28 VwVfG überzeugt angesichts dieser Unterscheidung allenfalls im Hinblick auf die Fälle qualifizierter Berührung. Wo Kompetenzen indes nicht betroffen sind, fehlt die Entsprechung zu der von § 28 VwVfG vorausgesetzten Betroffenheit in Rechten.

<sup>457</sup> T. Siegel, Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange, 2001, S. 64, der insofern von einer „Kompensationsfunktion“ und einem „Ausgleich von Kompetenzverlust“ spricht; ebenso ferner H. D. Jarass, Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen, 1984, S. 64; V. Sonnenwald, Die grenzüberschreitende Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung, 2005, S. 159, 162; im Kontext des Planfeststellungsverfahrens auch W. Neumann/C. Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl. 2023, § 73 Rn. 34; vgl. ferner B. Bredemeier, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 170f. – Die Konstellation erinnert insofern entfernt an die bereits seit langem geführte Diskussion über kompensatorische Wirkungen einer Parlamentsbeteiligung am Erlass von Rechtsverordnungen. Regelmäßig wird das ausgleichende Defizit in diesen Fällen indes nicht im Kompetenzverlust des Parlaments gesehen, sondern in einer zu geringen Bestimmtheit der Norm, die zum Verordnungserlass ermächtigt, siehe etwa F. Kraatz, Parlamentsvorbehalt im Gentechnikrecht, 1995, S. 242ff.; F. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 63; C. Pegatzky, Parlament und Verordnungsgeber, 1999, S. 133ff.; J. Schmidt, Die Beteiligung des Bundestags beim Erlass von Rechtsverordnungen, 2002, S. 130ff.; W. Schwanengel, Einwirkungen der Landesparlamente auf die Normsetzung der Exekutive, 2002, S. 90ff.; J. Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 317ff.; vgl. aber auch W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 (269), der explizit auf einen „Kompetenzverlust des Parlaments“ abstellt und verlangt, dieser müsse „durch entsprechende Mitwirkungs- und Kontrollrechte des Parlaments kompensiert“ werden.

und Gesundheitsrecht erweisen sich insofern hingegen als unergiebig, sie bleiben deshalb im Folgenden außer Betracht.

#### *aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht*

Verfahrensbeteiligungen von Behörden sieht das öffentliche Wirtschaftsrecht sowohl im Personenbeförderungs- als auch im Telekommunikationsregulierungsrecht vor.

##### *(1) Personenbeförderungsrecht*

Die Erteilung einer Taxikonzession setzt nach den Vorgaben des PBefG voraus, dass im Genehmigungsverfahren sowohl die Gemeinde angehört wird, in deren Gebiet das betreffende Taxiunternehmen seinen Sitz hat, als auch die zuständige Gewerbeaufsichtsbehörde.<sup>458</sup> Und auch vor der Erteilung von Genehmigungen, die das Betreiben von Linienverkehren mit Kraftfahrzeugen, Oberleitungsbusen oder Straßenbahnen gestatten, verpflichtet das PBefG dazu, zahlreiche behördliche Stellungnahmen einzuholen.<sup>459</sup> Den im Einzugsbereich des beantragten Verkehrs liegenden Gemeinden und ggfs. auch den Landkreisen, denen sie angehören, muss dabei ebenso Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden wie den personenbeförderungsrechtlichen Aufgabenträgern, den örtlich zuständigen Trägern der Straßenbaulast, den nach Landesrecht zuständigen Planungs- und Gewerbeaufsichtsbehörden sowie schlichtweg einer jeden anderen Behörde, deren Aufgaben durch den entsprechenden Antrag berührt werden.<sup>460</sup>

Betrachtet man diese Beteiligungsanforderungen im Lichte der eingangs skizzierten Unterscheidung zwischen schlichter und qualifizierter Berührung, so sind die meisten von ihnen der ersten Kategorie zuzuordnen. Das gilt zunächst für die Einbindung der Straßenbaulastträger. Die personenbeförderungsrechtliche Genehmigungsentscheidung lässt deren Entscheidungskompetenzen nämlich unberührt, doch betrifft sie deren Verantwortung für den Bauzustand der Straßen, weil dieser durch den beantragten Linienverkehr in besonderer Weise beansprucht werden kann.<sup>461</sup> Für die personenbeförderungsrechtlichen Aufgabenträger verhält es sich ähnlich. Während ihre Entscheidungszuständigkeit von einer Konzessionserteilung (oder deren Ablehnung) unbeeinflusst bleibt, wirkt sich die Genehmigungsentscheidung auf die Frage, ob öffentliche Verkehrsmittel in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen,

<sup>458</sup> § 14 Abs. 2 S. 1 PBefG.

<sup>459</sup> § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PBefG.

<sup>460</sup> Für die Erstellung von Nahverkehrsplänen finden sich im Landesrecht vergleichbar umfangreiche Beteiligungsvorgaben, siehe etwa § 12 Abs. 1, 2 ÖPNVG BW sowie darüber hinaus *M. Knauff*, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004, S. 453.

<sup>461</sup> VGH Mannheim, NVwZ-RR 2004, S. 384 (385): „Vielmehr geht es hier neben Gesichtspunkten der Verkehrssicherheit darum zu verhindern, dass für den Omnibusverkehr nicht ausgebaute Straßen durch einen Linienverkehr beschädigt werden.“



durchaus aus. Eine solche ausreichende Verkehrsbedienung zu gewährleisten, ist aber den Aufgabenträgern anvertraut.<sup>462</sup> Schon weil die von ihnen erstellten und bei der Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigenden Nahverkehrspläne den Maßstab ausreichender Verkehrsbedienung konkretisieren, ist ihr Aufgabebereich berührt.<sup>463</sup> Und auch die Betroffenheit der übrigen im personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahren zu beteiligenden Planungsbehörden ergibt sich nur daraus, dass eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigungsentscheidung Einfluss auf die Realisierung der von ihnen erstellten Pläne haben kann. In all diesen Fällen schlichter Berührung dient die Verfahrensbeteiligung der anzuhörenden Behörden dazu, die angemessene Berücksichtigung der von ihnen repräsentierten Belange abzusichern und der Entscheidungsbehörde (hierdurch) zugleich eine umfassend informierte Entscheidung zu ermöglichen.<sup>464</sup> Auf ein irgendwie geartetes Defizit reagieren diese Beteiligungsvorbehalte indes nicht, eine Kompensationsfunktion wird ihnen denn auch nicht zugeschrieben.

Die Betroffenheit der im Rahmen des personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens zu beteiligenden Gemeinden geht hingegen über eine schlichte Berührung hinaus. Der Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, dem auch der öffentliche Personennahverkehr zuzurechnen ist, zählt zu den Angelegenheiten, die die Gemeinden im Rahmen ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie grundsätzlich in eigener Verantwortung zu regeln befugt sind.<sup>465</sup> Die Entscheidung, eine Linienverkehrsgenehmigung zu erteilen, betrifft demnach nicht nur kommunale Belange, sondern auch kommunale Kompetenzen. Der Gedanke, das Stellungnahmerecht der Gemeinde als Ausgleich für die sich aus der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung ergebenden Kompetenzeinbußen zu werten, liegt demnach nahe; fruchtbar gemacht wird er hier dennoch bislang nicht.

## (2) Telekommunikationsregulierungsrecht

Für die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung sieht das TKG eine Verfahrensbeteiligung berührter Behörden vor allem an zwei Stellen vor. Zum

<sup>462</sup> § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG.

<sup>463</sup> Dazu bereits oben § 3 IV 2 b) cc); C. Heinze/L. H. Fiedler, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 3 verweisen zur Begründung des Beteiligungserfordernisses auf die Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen Genehmigungsbehörde und Aufgabenträger nach § 8 Abs. 3a PBefG.

<sup>464</sup> Vgl. M. Bauer, Personenbeförderungsgesetz, 2010, § 14 Rn. 2, 6; vgl. auch G. Fromm/K.-A. Sellmann/H. Zucke, Personenbeförderungsgesetz, 4. Aufl. 2013, § 14 Rn. 2; C. Heinze/L. H. Fiedler, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 21: „Gewähr richtiger Entscheidung durch Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Belange“.

<sup>465</sup> Ausführlich M. Knauff, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 198 ff., insbes. 202 f.

einen kann die BNetzA nur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt über Marktdefinition und -analyse entscheiden und zum anderen muss sie diesem Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor sie eine Regulierungsverfügung erlässt.<sup>466</sup> Sofern von Marktdefinition, Marktanalyse oder der Regulierungsverfügung Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel in der Union zu erwarten sind, sind zudem auch die EU-Kommission, das GEREK und die nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten im Rahmen des sog. Konsolidierungsverfahrens anzuhören.<sup>467</sup> Deren Stellungnahmen muss die BNetzA „weitestgehend“ berücksichtigen und in Sonderfällen der Marktdefinition und -analyse steht der Kommission gar ein Veto zu.<sup>468</sup>

Dass die Kommission auf diese Weise in das Marktregulierungsverfahren eingebunden wird, trägt deren Verantwortung für die Wahrung des Unionsrechts und die Gewährleistung des Binnenmarkts Rechnung.<sup>469</sup> Die Regulierungsverfügung wirkt sich auf die Entscheidungsbefugnisse der Kommission hingegen schon deshalb nicht nachteilig aus, weil sich der europäische Rechtsetzer „bewusst gegen einen europäischen Regulierer mit unmittelbaren Befugnissen zur Marktregulierung entschieden hat“<sup>470</sup>. Auch insofern handelt sich folglich um einen Fall schlichter Berührung, für den ein Kompensationsanspruch weder nahe liegt, noch erhoben wird.

Für die Verfahrensbeteiligung des Bundeskartellamts stellt sich das hingegen anders dar. Hintergrund bildet die (keinesfalls unbestrittene) These, dass die sektorspezifischen wettbewerbsrechtlichen Vorgaben des TKG aufgrund ihrer Spezialität Vorrang vor dem im GWB geregelten allgemeinen Wettbewerbsrecht genießen und die Zuständigkeit der BNetzA diejenige des Bundeskartellamts folglich verdrängt, soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen für Maßnahmen nach dem TKG gegeben sind.<sup>471</sup> Wo ausgehend hiervon die Frage gestellt wird, weshalb das Bundeskartellamt an der Entscheidung der BNetzA über Marktdefinition und -analyse zu beteiligen ist, dort klingt der Kompensationsgedanke zuweilen durchaus an: Dass das Ergebnis der Marktanalyse und -definition über die Anwendbarkeit der telekommunikationsrechtlichen Marktregu-

<sup>466</sup> § 197 Abs. 1 und 2 TKG.

<sup>467</sup> Siehe § 12 Abs. 2 bzw. § 14 Abs. 3 TKG.

<sup>468</sup> Die Pflicht, den Stellungnahmen „weitestgehend“ Rechnung zu tragen, folgt aus § 12 Abs. 3 TKG, die Veto-Option der Kommission aus § 12 Abs. 5 TKG, der allerdings nach § 14 Abs. 3 S. 1 TKG für den Erlass der Regulierungsverfügung keine Anwendung findet.

<sup>469</sup> Das zeigt insbesondere § 12 Abs. 4 TKG deutlich, der vorsieht, dass die Kommission erklären kann, „der Entwurf schaffe ein Hemmnis für den Binnenmarkt oder sie habe ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union“.

<sup>470</sup> *S.H. Korehnke/F. Ufer*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 12 Rn. 19.

<sup>471</sup> Für die Spezialitätsthese etwa *M. Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 96 ff.; *M. Ludwigs*, WuW 2008, S. 534 (539): „partieller Vorrang“; ausführlich zu dieser Diskussion *I. Sennekamp*, Der Diskurs um die Abgrenzung von Kartell- und Regulierungsrecht, 2016, S. 19 ff.

lierungsbefugnisse entscheidet und damit ggfs. zugleich die Zuständigkeit des Bundeskartellamts entfallen lässt,<sup>472</sup> wird ausgeglichen, indem die Entscheidung hierüber das Einvernehmen des Bundeskartellamts voraussetzt und dieses bei Entfall seiner Zuständigkeit zu späteren Regulierungsmaßnahmen der BNetzA zumindest Stellung nehmen kann.<sup>473</sup>

### *bb) Umweltrecht*

Im Umweltrecht ist die Verfahrensbeteiligung betroffener Behörden ebenfalls üblich. An die Stelle detaillierter Auflistungen der im Einzelnen zu beteiligten Stellen tritt hier hingegen meist die pauschale Vorgabe, den in ihrem Aufgabenbereich berührten Behörden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Entsprechend verfahren etwa die Normen über das Anlagengenehmigungsverfahren nach dem BImSchG<sup>474</sup> und dem GenTG<sup>475</sup>. Fälle der schlichten und qualifizierten Berührung erfassen diese Bestimmungen zwar gleichermaßen.<sup>476</sup> Doch zeigt sich gerade an der Begründung, die für die Einbeziehung der in ihren Kompetenzen betroffenen Behörden gegeben wird, dass die Verfahrensbeteiligung auch hier zuweilen als Ausdruck oder gar Erfordernis des Kompensationsgedankens gedeutet wird. Denn sofern die zu treffende Entscheidung Konzentrationswirkung entfaltet, soll die Funktion der Behördenbeteiligung gerade auch darin bestehen, den Verlust der Sachentscheidungskompetenz derjenigen Behörden auszugleichen, deren Entscheidungszuständigkeit aufgrund der Konzentrationswirkung verdrängt wird.<sup>477</sup> Jedenfalls sie seien folglich als berührt anzusehen und folglich am Verfahren zu beteiligen.<sup>478</sup> Und unter Berufung auf diese Ausgleichsfunktion der Verfahrensbeteiligung wird zuweilen sogar bezweifelt, ob sich die Verfahrensbeteiligung in einer bloßen Möglichkeit

<sup>472</sup> BVerwG, NVwZ, 2007, S. 1321 (1322); siehe auch BR-Drs. 755/03, S. 134.

<sup>473</sup> In diese Richtung *M. Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 100.

<sup>474</sup> § 10 Abs. 5 BImSchG, § 11 S. 1 9. BImSchV.

<sup>475</sup> § 10 Abs. 7 S. 5 GenTG.

<sup>476</sup> Zu diesen Kategorien oben § 3 IV 4 b).

<sup>477</sup> Für das BImSchG: *L. Giesberts*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 67. Ed. 01.07.2023, § 13 BImSchG Rn. 4; *M.-J. Seibert*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 13 BImSchG Rn. 45 (Stand: 68. Erg.-Lfg. Februar 2013); auch im Kontext des UVPG findet sich diese Argumentation: *J. Hagmann*, in Hoppe/Beckmann/Kment (Hrsg.), UVPG, UmwRG, 5. Aufl. 2018, § 17 UVPG Rn. 2; *O. Reidt/J. Augustin*, in: Schink/Reidt/Mitschang (Hrsg.), UVPG, UmwRG, 2018, § 17 UVPG Rn. 2; siehe allgemein zu dieser Kompensationsbehauptung bereits die Nachweise in Fn. 455.

<sup>478</sup> *M.-J. Seibert*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 13 BImSchG Rn. 44 (Stand: 68. Erg.-Lfg. Februar 2013); das Gentechnikrecht stellt das sogar ausdrücklich klar, siehe § 9 Abs. 2 GenTVfV. Siehe für das UVPG entsprechend *H.-J. Peters/S. Balla/T. Hesselbarth*, UVPG, 4. Aufl. 2019, § 17 Rn. 7.

zur Stellungnahme erschöpfen darf oder ob der Kompensationslogik nicht vielmehr nur durch ein Einvernehmensefordernis entsprochen werden kann.<sup>479</sup>

Bemerkenswerterweise beschränkt sich die Berufung auf den Kompensationsgedanken allerdings auf die Konstellationen, in denen die kompetenzbeschränkende Berührung der zu beteiligenden Behörde gerade auf der Konzentrationswirkung der zu treffenden Entscheidung beruht – und das, obwohl in beiden Referenzgebieten auch qualifiziert betroffene Gebietskörperschaften am Verfahren zu beteiligen sind. Das BImSchG verlangt so etwa für Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug, dass den Staaten, auf deren Umwelt das geplante Vorhaben erheblich einzuwirken droht, auf Wunsch nicht nur Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, sondern auch die Möglichkeit eröffnet wird, gemeinsame Konsultationen durchzuführen.<sup>480</sup> Und im Genehmigungsverfahren für Freisetzungen gentechnisch veränderter Organismen hat das mit der Entscheidung betraute Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit<sup>481</sup> nicht nur der zuständigen Behörde des betroffenen Bundeslandes Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben,<sup>482</sup> sondern auch den übrigen EU- und EWR-Mitgliedsstaaten.<sup>483</sup> Soll ein Inverkehrbringen gentechnisch veränderter Organismen genehmigt werden, so muss hierüber sogar Einigkeit mit den Mitgliedstaaten und der EU-Kommission erzielt werden.<sup>484</sup> Aufschlussreich ist insofern auch ein ergänzender Blick auf die Vorgaben des UVPG: Sie verpflichten die zuständige Behörde in rein innerstaatlichen Konstellationen dazu, die von einem Vorhaben betroffenen Gemeinden und Landkreise anzuhören.<sup>485</sup>

Dass Nachbarstaaten, auf deren Umwelt eine Entscheidung einwirkt, auch in Kompetenzen betroffen sind und von der entsprechenden Entscheidung damit in qualifizierter Weise berührt werden, folgt aus deren Gebietshoheit;<sup>486</sup> für die betroffenen Gemeinden ergibt sich Vergleichbares aus der verfassungsrechtlichen Garantie ihrer Selbstverwaltung;<sup>487</sup> und auch die für Fälle gentechnischer

<sup>479</sup> M. A. Wagner, Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in parallelen und konzentrierten Verfahren, 1987, S. 178 ff.; unter Kompensationsgesichtspunkten ebenfalls für ein Einvernehmensefordernis H. D. Jarass, DÖV 1978, S. 21 (25).

<sup>480</sup> Siehe § 11a Abs. 1, 2 9. BImSchV, der insofern auf § 54 Abs. 5, § 55 Abs. 4, 5 UVPG verweist, aus denen sich für das UVP-Recht entsprechende Anforderungen ergeben.

<sup>481</sup> § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 31 S. 2 GenTG.

<sup>482</sup> § 16 Abs. 4 S. 2 GenTG.

<sup>483</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 der Richtlinie 2001/18/EG (EG-Freisetzungsrichtlinie), leicht verkürzt umgesetzt in § 1 GenTBetV.

<sup>484</sup> § 3 Abs. 1–3 GenTBetV.

<sup>485</sup> § 17 UVPG.

<sup>486</sup> Dem entspricht es, dass das völkerrechtliche Verbot grenzüberschreitender Umwelteinwirkungen in seiner klassischen Lesart gerade dem im Souveränitätsprinzip wurzelnden Grundsatz der Gebietshoheit Ausdruck verleiht, vgl. dazu J. Rauber, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 31, 322 f., 358 f.

<sup>487</sup> Vgl. zur entsprechenden Begründung der Beteiligungsvorgaben allgemein B. Brede-meier, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 171 f., 345; R. Buchner, Eisenbahnrechtliche Planfeststellung und kommunale

Freisetzungen vorgesehene Beteiligung der übrigen EU-Mitgliedsstaaten beruht auf der Annahme, dass sich freigesetzte Organismen über Landesgrenzen hinaus verbreiten und so auf Umweltgüter auswirken können, die der Gebietshoheit anderer Mitgliedsstaaten unterliegen.<sup>488</sup> Angesichts dessen erschiene es denkbar, die Beteiligung der betroffenen Behörden auch in diesen Fällen als Ausgleich für die Einschränkungen zu deuten, die sich im Hinblick auf die Regelungsbefugnis der betroffenen Stellen daraus ergeben, dass die zu treffende Entscheidung Auswirkungen auf deren (räumliche) Kompetenzsphäre hat. Herangezogen wird der Kompensationsgedanke soweit ersichtlich allerdings einzig für die Einvernehmenserfordernisse im Rahmen der Genehmigung des Inverkehrbringens gentechnisch veränderter Organismen: Da die entsprechende Genehmigung EU-weite Geltung entfaltet<sup>489</sup> und eigene Genehmigungsentscheidungen der anderen Mitgliedsstaaten entbehrlich macht, seien diese zum Ausgleich am Genehmigungsverfahren zu beteiligen. Soweit die Genehmigungsentscheidung somit die Genehmigungszuständigkeit der übrigen Mitgliedsstaaten verdrängt, wird deren Einvernehmen kompensatorische Bedeutung zugemessen.<sup>490</sup> Die Ähnlichkeit zur Beteiligung an Verfahren, deren abschließende Entscheidungen Konzentrationswirkung besitzen, ist insofern kaum zu verkennen.

*cc) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Verfahrensbeteiligung betroffener Behörden*

Kompensatorische Bedeutung wird der Verfahrensbeteiligung betroffener Behörden in der bisherigen Diskussion demnach nur dann attestiert, wenn die Entscheidung der verfahrensleitenden Behörde die andernfalls bestehende Sachentscheidungskompetenz der zu beteiligenden Behörde entfallen lässt. Die Verfahrensbeteiligung der betroffenen Behörde bildet die Kehrseite der Konzentrationswirkung der verfahrensabschließenden Entscheidung; sie gleicht den Kompetenzverlust aus, der für die betroffene Behörde mit der Konzentrationswirkung einhergeht. Auf die Frage danach, welches konkrete Defizit die Verfahrensbeteiligung betroffener Behörden kompensiert, ergibt sich damit eine erstaunliche Antwort: Sie reagiert weder auf die Weite oder Unbestimmt-

---

Planungshoheit, 2001, S. 134f.; unter knappem Hinweis auf den Kompensationsgedanken insofern auch *W. Brohm*, VVDStRL 30 (1972), S. 245 (298); für die parallele Konstellation im Luftverkehrsrecht *BVerwG*, NJW 1974, S. 1961 (1964); *NVwZ* 1988, S. 731 (731f.); im baurechtlichen Kontext *VGH Kassel*, *NVwZ-RR* 2005, S. 275 (275); für das Bergrecht *BT-Drs. 8/3965*, S. 137; für das Fachplanungsrecht *T. Siegel*, *Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange*, 2001, S. 70.

<sup>488</sup> So der Vierte Erwägungsgrund der Freisetzungsrichtlinie (Richtlinie 2001/18/EG).

<sup>489</sup> Siehe Art. 19 Abs. 1 Freisetzungsrichtlinie (Richtlinie 2001/18/EG) sowie § 14 Abs. 5 GenTG.

<sup>490</sup> *M. Kloepfer*, *Umweltrecht*, 4. Aufl. 2016, § 20 Rn. 166; vgl. auch *C. Tünnesen-Harmes*, *Risikobewertung im Gentechnikrecht*, 2000, S. 188.

heit materieller Gesetzesdirektiven, noch steht sie mit anderen Schwächen der materiellen Gesetzesvorgaben in Zusammenhang, die dazu führten, dass diese die ihnen zugedachten Funktionen nur eingeschränkt erfüllten. Allein die Kompetenzverteilung und damit der Inhalt des Rechts gibt Anlass zum Ausgleich. Ob es für einen solchen Ausgleich genügt, den betroffenen Behörden ein Stellungnahmerecht einzuräumen oder die Kompetenzeinbußen nur durch ein Einvernehmenserfordernis aufgewogen werden können, wird von den Referenzgebieten nicht einheitlich beantwortet.

*c) Beteiligung von Expertengremien, sachverständigen Stellen und sonstigen Wissensträgern*

Zu den schon klassisch zu nennenden Verfahrenselementen mit Kompensationsanspruch zählt daneben auch die Beteiligung von Expertengremien, sachverständigen Stellen und anderen Wissensträgern. Den Hintergrund der insofern aufgestellten Kompensationsbehauptung bildet der verbreitete Befund, dass das Verwaltungsrecht der zurückgenommenen Dichte materiell-rechtlicher Direktiven (auch) durch administrative Entscheidungsstrukturen entgegenzuwirken sucht, die gewährleisten, dass die Verwaltung das Wissen, auf das sie für die konkretisierende Anwendung zunehmend offen gefasster Gesetzesbestimmungen angewiesen ist, situationsspezifisch selbst erzeugt.<sup>491</sup> Die Einbindung externen Sachverständigen spielt hierbei eine zentrale Rolle.<sup>492</sup>

Nun lässt sich freilich leicht erkennen, dass nicht jede Form selbständiger Wissenserzeugung von Seiten der Verwaltung – und folglich auch nicht jede Konsultation von Expertengremien oder Sachverständigen – darum bemüht ist, Mängel der gesetzlichen Handlungsgrundlagen zu kompensieren. Dass es stets der Verwaltung überlassen bleibt, das Tatsachenmaterial des konkret zu beurteilenden Falls zu ermitteln, lässt sich dem Gesetz so etwa schon deshalb nicht anlasten, weil dessen notwendige Allgemeinheit es gerade von der Aufgabe ent-

<sup>491</sup> Siehe etwa *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 164 f.; *S. Dreyer*, Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz, 2018, S. 131 f.; *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 192 f., 194 f.; *H. C. Röhl*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 24 ff., insbes. 25, 28, 30, 32; *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 19 f., insbes. S. 20: Wissensgenerierung im Verfahren ist ein „funktionales Äquivalent für den Verlust an Erfahrungs- und Regelwissen, auf das die Verwaltung im herkömmlichen Modell der Rechtskonkretisierung vom Gesetzgeber verwiesen wurde“; siehe auch ebd., S. 129; vgl. ferner *I. Appel*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327 (334 ff.) sowie *M. Schäfer*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Konkretisierung unbestimmter Sicherheitsstandards durch die Rezeption von Sachverstand, 1998, S. 134: „Kompensation einer [...] gelockerten materiell-rechtlichen Regelungsdichte“ durch Sachverstand.

<sup>492</sup> Allgemein *A. Nußberger*, AöR 129 (2004), S. 282 (285 f.); *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 193 f., 203 ff.; siehe ferner die sogleich zu erörternden Beispielfälle.

bindet, das Vorliegen seiner eigenen Anwendungsbedingungen festzustellen. Unausgesprochen beruht die These vom Ausgleichscharakter administrativer Wissenserzeugung (auch und gerade durch die Beteiligung von Expertengremien) deshalb auf einer Unterscheidung: Während sie von bestimmten Wissensbeständen erwartet, dass diese auf Ebene des Gesetzes erhoben oder verarbeitet werden, nimmt sie im Hinblick auf andere Wissensformen keinen Anstoß daran, dass die Verwaltung deren Erzeugung übernimmt. Die Trennlinie verläuft insofern zwischen Erfahrungs- und Regelwissen einerseits und Sachverhaltswissen andererseits.<sup>493</sup> Allein die von § 24 Abs. 2 VwVfG in den Blick genommenen Umstände des Einzelfalls unterfallen in diesem Idealbild der administrativen Ermittlungszuständigkeit; das allgemeine Wissen über regelförmige Zusammenhänge des Realbereichs hingegen wird vom Gesetz teils als bekannt vorausgesetzt und in Bezug genommen, teils als Spezialwissen im Gesetzgebungsverfahren erzeugt und in die tatbestandlichen Voraussetzungen des Gesetzes integriert.<sup>494</sup> In Sachbereichen, in denen über maßgebliche Wirkungszusammenhänge Ungewissheit besteht und in denen sich die vorhandenen Wissensbestände aufgrund ihrer Dynamik und Reversibilität als notorisch instabil erweisen, lassen sich allgemein und dauerhaft überzeugende Vorgaben allerdings nicht mehr formulieren.<sup>495</sup> Und auch der Verweis auf bekannte Erfahrungsregeln geht ins Leere. Eben hier hat die eingangs zitierte Kompensationsbehauptung daher ihren Platz: Bindet das Verwaltungsrecht externe Wissens-träger, Expertengremien oder sachverständige Stellen in das behördliche Entscheidungsverfahren ein, um die entstehenden Wissenslücken situationsspezifisch auszugleichen, so übernimmt das Entscheidungsverfahren die ursprünglich dem Gesetz zugeordnete Entlastungsfunktion:<sup>496</sup> Es erzeugt das entscheidungsrelevante Wissen, das das Gesetz selbst nicht mehr bereitstellt. Nicht nur im Regulierungs- (dazu lit. aa), sondern auch im Umwelt- und Gesundheitsrecht (dazu lit. bb und lit. cc) verbindet sich die Verfahrensbeteiligung externer Sachverständiger zuweilen mit einem entsprechenden Kompensationsanspruch.

#### *aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht*

Im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts ist es vor allem das Recht der Telekommunikationsregulierung, das aufgrund der Dynamik der regulierten Märkte nicht auf stabile Wissensbestände zurückgreifen kann<sup>497</sup> und das daher

<sup>493</sup> H. C. Röhl, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwRII, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 26; vgl. auch C. Quabeck, Dienende Funktion des Entscheidungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 194.

<sup>494</sup> Eingehend B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 8ff., insbes. S. 8f., 13f., 15ff.

<sup>495</sup> I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 164.

<sup>496</sup> Zu dieser oben § 3 III 1 c).

<sup>497</sup> Vgl. bereits oben § 3 IV 1 sowie die dortigen Nachweise in Fn. 115.

in hohem Maße auf eine situationspezifische Wissensgenerierung im (Verwaltungs-)Verfahren angewiesen ist.<sup>498</sup> Das TKG trägt dem durch eine umfassende Struktur kooperativer Wissenserzeugung Rechnung. Um die im Markt vorhandenen Wissensbestände für die Regulierungstätigkeit der BNetzA nutzbar zu machen, rückt sie dabei vor allem Konsultationen mit betroffenen Unternehmen, Konkurrenten und Verbrauchern ins Zentrum.<sup>499</sup> Sachverständige Stellen bindet das TKG indes ebenfalls ein: § 201 Abs. 1 S. 1 TKG ermöglicht es der BNetzA, „zur Vorbereitung ihrer Entscheidungen oder zur Begutachtung von Fragen der Regulierung wissenschaftliche Kommissionen ein[zusetzen]“. Und auch bei der „Aufbereitung und Weiterentwicklung der wissenschaftlichen Grundlagen für [...] die Regulierung von Anbietern mit beträchtlicher Marktmacht“ erhält sie nach § 201 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG „fortlaufend wissenschaftliche Unterstützung“. Auf Grundlage dieser Vorgaben wird die Wissensgenerierung der BNetzA von sachverständiger Seite vor allem durch den Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (WAR) und das vom BMWi gehaltene Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) begleitet.<sup>500</sup> Verfahrensvorgaben zu deren konkreter Anbindung an die Entscheidungsverfahren der BNetzA fehlen indes.<sup>501</sup> Und im Hinblick auf die Einsetzung wissenschaftlicher Kommissionen nach § 201 Abs. 1 TKG steht selbst die Frage des „Ob“ im Ermessen der BNetzA.<sup>502</sup> In der Praxis führt diese Freiheit der BNetzA dazu, dass die Möglichkeit, konkrete Entscheidungen durch die Beteiligung wissenschaftlicher Kommissionen vorzubereiten, weitgehend ungenutzt bleibt.<sup>503</sup> Weit überwiegend konzentriert sich die durch § 201 TKG etablierte Wissensgenerierung daher auf übergreifende (Grundsatz-)Fragen; und deren Klärung erfolgt ohne konkrete Anbindung an laufende Regulierungsvorhaben. Im Schrifttum wird die Einbindung der auf Grundlage des § 201 TKG gebildeten Expertengremien zuweilen dennoch als „umfassende

<sup>498</sup> Allgemein dazu C. Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozessualisierung, 2010, S. 197 f.; B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 119 ff., insbes. 120 f.; siehe auch F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 37 f., 40; H. C. Röhl, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 30 Rn. 23 ff.

<sup>499</sup> Dazu noch unten § 3 IV 4 d) aa) (2).

<sup>500</sup> T. Attendorn/M. Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 125 Rn. 8, 15; L. Böcker, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 9, 19; T. Fetzer, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 125 Rn. 5 f.; M. P. Waßmer, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG – TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 201 Rn. 19.

<sup>501</sup> L. Böcker, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 15; vgl. auch M. P. Waßmer, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG – TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 201 Rn. 15.

<sup>502</sup> L. Böcker, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 15; T. Fetzer, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 125 Rn. 5; M. P. Waßmer, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG – TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 201 Rn. 11, 15.

<sup>503</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 75 f.



Wissensgenerierung im Verfahren“ gedeutet,<sup>504</sup> die – entsprechend den obigen Erwägungen zur Kompensationsfunktion derartiger Wissenserzeugung – vor dem Hintergrund der besonderen Wissensprobleme der Telekommunikationsregulierung eine Entlastungsfunktion erfülle.<sup>505</sup> Und auch in der Rechtsprechung des BVerwG klingt der Kompensationsgedanke – wenngleich in anderer Spielart – an, wenn es unter anderem auf § 125 Abs. 2 TKG a. F., den heutigen § 201 Abs. 2 TKG, verweist, um zu begründen, dass der BNetzA ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Regulierungsermessen zustehe.<sup>506</sup> Denn die dieser Begründungslinie zugrundeliegende Annahme, durch die hinreichende Einbindung externen Sachverständigen lasse sich ein behördlicher Entscheidungsspielraum verdienen, überzeugt nur, wenn die durch den Verzicht auf eine (gerichtliche) Verdichtung der gesetzlichen Vorgaben entstehenden Spielräume durch eben diese Expertenbeteiligung ausgeglichen werden können.

### *bb) Umweltrecht*

Im Umweltverwaltungsrecht kann die Annahme, die Einbeziehung externen Sachverständigen reagiere auf die ungewissheitsbedingte Offenheit der materiellen Entscheidungsmaßstäbe, schon beinahe als Gemeinplatz gelten. Sachverständige Gremien sind hier – auch jenseits der untersuchten Referenzverfahren – weit verbreitet<sup>507</sup> und auch wenn sie nur selten ausdrücklich mit der Idee der „Kompensation durch Verfahren“ in Verbindung gebracht werden, stehen sie doch für eine Form administrativer Wissenserzeugung, die im Lichte der obigen Bemerkungen auf eben dieser Idee beruht. Am Beispiel des Immissionsschutzrechts (dazu [1]) und der Verfahren zur Erteilung gentechnikrechtlicher Freisetzung- oder Inverkehrbringensgenehmigungen (dazu [2]) lässt sich dies auf je unterschiedliche Weise illustrieren.

#### *(1) Immissionsschutzrecht*

Im Immissionsschutzrecht sind es vor allem die materiellen Genehmigungskriterien des § 5 Abs. 1 BImSchG, deren Offenheit und Dynamik Anlass für die Einbindung externen Sachverständigen gibt. Mit dem Merkmal „schädlicher Umwelteinwirkungen“ verlangt der Gesetzgeber der Verwaltung eine Risikopro-

<sup>504</sup> K. S. Mengerling, Die Entgeltregulierung im Telekommunikations- und Energierecht, 2017, S. 471.

<sup>505</sup> In diese Richtung L. Böcker, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 1, 11.

<sup>506</sup> BVerwG, NVwZ 2008, S. 575 (578); ähnlich T. Fetzer, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 125 Rn. 6: „Ausdruck des der BNetzA zustehenden Regulierungsermessens“; kritisch T. Würtenberger, GewArch 2016, S. 6 (8).

<sup>507</sup> U. Di Fabio, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Bd. 1, Stand: 63. Erg.-Lfg. Oktober 2008, § 4 GenTG Rn. 7 nennt insofern etwa die Störfallkommission nach § 51a BImSchG oder den Sachverständigenausschuss nach § 33 Abs. 5 und 6 PflSchG.

nose ab, der er sich selbst aus nachvollziehbaren Gründen enthält. Angesichts der unüberschaubaren Vielzahl denkbarer Immissionsformen und der vielfach fehlenden, oft unbeständigen wissenschaftlichen Erkenntnisse über deren unterschiedliches Potential, Umweltgüter zu beeinträchtigen, sperrt sich die erforderliche Gefahreinschätzung gegen eine gesetzesförmige Generalisierung. Und auch das pauschale Erfordernis der dem „Stand der Technik“ entsprechenden Vorsorgemaßnahmen trägt der Tatsache Rechnung, dass sich dynamisch fortentwickelnde technische Möglichkeiten im auf Dauer angelegten Gesetz nicht anders abbilden lassen. An beiden Merkmalen zeigt sich folglich: Gerade deshalb, weil die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens von sich wandelnden, oft kontextspezifischen naturwissenschaftlich-technischen Wissensbeständen abhängt, stellt der Gesetzgeber diese nicht selbst bereit, sondern überantwortet der Verwaltung die Aufgabe, das entsprechende Regelwissen zu erzeugen und die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen entsprechend zu konkretisieren.

Das BImSchG verortet die Integration des dazu erforderlichen wissenschaftlichen Sachverstands auf der (Zwischen-)Ebene konkretisierender Normsetzung. So kennt das immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigungsverfahren selbst nur in den Fällen des § 13 Abs. 1 S. 1, 3 der 9. BImSchV eine Pflicht zur Konsultation individueller Sachverständiger. Die Hauptlast für die Einbindung wissenschaftlichen Sachverstands tragen stattdessen die „beteiligten Kreise“, zu denen nach § 51 BImSchG auch Vertreter der Wissenschaft zählen. Sie müssen unter anderem im Vorfeld des Erlasses all derjenigen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften angehört werden, mit denen die Bundesregierung die Genehmigungsvoraussetzungen des § 5 BImSchG konkretisiert. Anders als noch im Gesetzgebungsverfahren erwogen,<sup>508</sup> erfolgt die Einbindung externen Sachverstands im BImSchG folglich nicht über die Beteiligung eines (auch personell) feststehenden Expertengremiums, sondern auf Grundlage einer Anhörung *ad hoc* ausgewählter, fachwissenschaftlich ausgewiesener Personen. Sie entlasten die Verwaltung von der Aufgabe, das entscheidungsrelevante Regelwissen zu erheben, und beanspruchen damit, auszugleichen, dass das Gesetz dieses nicht selbst bereitstellt.<sup>509</sup> Indirekte Anerkennung hat dieser Ausgleichsanspruch auch darin gefunden, dass die nach § 48 Abs. 1 BImSchG erlassenen und damit den wissenschaftlichen Sachverstand inkorporierenden Verwaltungsvorschriften im Grundsatz auch für die Gerichte verbindlich sind.<sup>510</sup>

<sup>508</sup> BT-Drs. 7/179, S. 46: „Es kann zweckmäßig sein, die Anhörung in der Form der Beratung durch ständige Ausschüsse vorzunehmen.“

<sup>509</sup> Vgl. allgemein *I. Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 204: „Staatsentlastung“, m. w. Nachw.

<sup>510</sup> BVerwGE 110, 216 (218); BVerwG, NVwZ 1995, S. 994; NVwZ 2001, S. 1165 (1165); *T. Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, § 5 BImSchG Rn. 16; *M. Thiel*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 48 BImSchG Rn. 7 (Stand: 83. Erg.-Lfg. Mai 2017).

Nicht nur für die Genehmigungsbehörde, sondern auch aus gerichtlicher Perspektive ersetzen sie folglich die gesetzliche Konkretisierung.

## (2) Gentechnikrecht

Auch im Gentechnikrecht lässt sich die Einbeziehung wissenschaftlichen Sachverständigen in das Verwaltungsverfahren als Reaktion darauf deuten, dass das materielle Gesetzesrecht hinter der Erwartung zurückbleibt, die Verwaltung durch die verbindliche Speicherung von Erfahrungs- und Regelwissen zu entlasten.<sup>511</sup> Stattdessen zieht sich der Gesetzgeber in materieller Hinsicht auch hier vielfach auf offene Vorgaben zurück, weil die relevanten naturwissenschaftlichen Zusammenhänge komplex, die verfügbaren Wissensbestände lückenhaft und dynamisch und die zu erfassenden Sachverhaltskonstellationen in ihrer Vielfalt kaum zu antizipieren sind.<sup>512</sup> Die Erteilung einer Genehmigung für die Freisetzung oder das Inverkehrbringen gentechnisch veränderter Organismen macht das GenTG so unter anderem davon abhängig, dass nach dem Stand der Wissenschaft keine schädlichen Einwirkungen auf Umweltgüter oder Leben und Gesundheit von Mensch und Tier zu erwarten sind, die im Verhältnis zum Zweck der Maßnahmen unverträglich wären.<sup>513</sup> Weil die Aufgabe, die derart offenen Voraussetzungen überzeugend zu konkretisieren, auch auf Ebene der Verwaltung nicht ohne wissenschaftliche Unterfütterung gelingt, bezieht das Verfahren externen Sachverständigen mit ein.

Das Bemühen, die unzureichende und änderungsanfällige Wissensbasis des Gesetzgebers durch sachverständige Beratung der Verwaltung auszugleichen, findet seinen Ausdruck dabei in erster Linie in der Einbindung der Zentralen Kommission für Biologische Sicherheit (ZKBS).<sup>514</sup> Zusammengesetzt ist die ZKBS aus einem für drei Jahre benannten Kreis international erfahrener Wissenschaftler aus gesetzlich vorgegebenen Fachgebieten sowie aus sachkundigen Personen verschiedener gesellschaftlicher Bereiche (u. a. der Gewerkschaften, des Arbeitsschutzes, der Wirtschaft und des Umweltschutzes).<sup>515</sup> Während der Einbeziehung der nicht-wissenschaftlichen Vertreter zuweilen auch die Funktion einer Interessenrepräsentation und -kontrolle zugeschrieben wird,<sup>516</sup> de-

<sup>511</sup> *J. Junk*, Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England, 2012, S. 177, die insofern auch auf den Kompensationsgedanken verweist, siehe etwa ebd., S. 155 f.; vgl. zu dieser Entlastungsfunktion des Gesetzes allgemein oben § 3 III 1 c).

<sup>512</sup> Vgl. *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 164 f.; *H.-G. Dederer*, Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme, 1998, S. 2815.

<sup>513</sup> § 16 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 1 GenTG.

<sup>514</sup> Vgl. *C. Tünnesen-Harmes*, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, S. 231, bei dem der Kompensationsgedanke gerade in Bezug auf die Einbindung der ZKBS anklingt: „Geben die materiellen Entscheidungsprämissen einen breiten Konkretisierungsspielraum, so gewinnt der Entscheidungsprozeß selbst [...] erheblich an Bedeutung.“

<sup>515</sup> § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GenTG.

<sup>516</sup> *J. Schulte*, Die hoheitliche Einbindung sachverständiger Stellen in naturwissenschaft-

klariert das GenTG selbst die ZKBS als Sachverständigenkommission.<sup>517</sup> Auch nach der Intention des Gesetzgebers besteht ihr Sinn in erster Linie darin, den Stand der Wissenschaft zu repräsentieren und den für die Bewertung gentechnischer Fragen erforderlichen (pluralen) Sachverstand zu institutionalisieren.<sup>518</sup> In den Genehmigungsverfahren für Freisetzungen und Inverkehrbringen gentechnisch veränderter Organismen hat die ZKBS zu diesem Zweck eine jede beantragte Maßnahme im Hinblick auf mögliche Gefahren für die vom GenTG geschützten Rechtsgüter zu bewerten.<sup>519</sup> Bei der abschließenden Genehmigungsentscheidung ist die Genehmigungsbehörde an die Ergebnisse dieser Prüfung zwar nicht streng gebunden, doch hat sie sie zu berücksichtigen; will sie von ihnen abweichen, muss sie sich also (zumindest) inhaltlich mit ihnen auseinandersetzen.<sup>520</sup>

Ergänzt wird die prozedurale Wissenserzeugung im Vorfeld einer Freisetzung- oder Inverkehrbringensgenehmigung darüber hinaus dadurch, dass das für Genehmigungen zuständige Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit Stellungnahmen des Bundesforschungsinstituts für Kulturpflanzen (Julius Kühn-Institut) sowie ggfs. auch desjenigen für Tiergesundheit (Friedrich-Loeffler-Institut) einholen und sich auf deren Grundlage mit dem Bundesamt für Naturschutz, dem Robert Koch-Institut sowie dem Bundesinstitut für Risikobewertung ins Benehmen setzen muss.<sup>521</sup> Während sich ersteres auf eine bloße Anhörungspflicht beschränkt, begründet das Erfordernis, die Entscheidung im Benehmen mit den zuletzt genannten Stellen zu treffen, zwar ebenfalls keine strenge Bindung, aber doch eine gesteigerte materielle Rücksichtnahmepflicht, deren Erfüllung den ernsthaften Versuch voraussetzt, ein Einverständnis zwischen den Beteiligten herzustellen.<sup>522</sup> Im Hinblick auf die Kompensationsfunktion dieser Beteiligungserfordernisse erweist sich inso-

---

lich-technisch komplexen Zulassungsverfahren, 2020, S. 112; G. Winter, Grundprobleme des Gentechnikrechts, 1993, S. 55; ähnlich C. Tünnesen-Harmes, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, S. 259: „Kontroll- und Diskursrolle“; dazu auch U. Di Fabio, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Bd. 1, Stand: 63. Erg.-Lfg. Oktober 2008, § 4 GenTG Rn. 23, 28, 33 f. sowie (kritisch) W. Graf Vitzthum/T. Geddert-Steinacher, Standortgefährdung, 1992, S. 112 f.; P. Mesenburg, Erosion staatlicher Vollzugsbefugnisse im Gentechnikrecht, 2003, S. 32.

<sup>517</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 GenTG; nachdrücklich auch W. Graf Vitzthum/T. Geddert-Steinacher, Standortgefährdung, 1992, S. 112.

<sup>518</sup> Siehe die bei U. Di Fabio, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Bd. 1, Stand: 63. Erg.-Lfg. Oktober 2008, § 4 GenTG Rn. 1 f. abgedruckte Gesetzesbegründung.

<sup>519</sup> § 16 Abs. 5 S. 1 GenTG.

<sup>520</sup> Das folgt aus dem Verweis von § 16 Abs. 5 S. 2 auf § 10 Abs. 7 S. 3, 4 GenTG.

<sup>521</sup> § 16 Abs. 4 GenTG.

<sup>522</sup> Vgl. in diesem Sinne allgemein zu Benehmenserfordernissen T. Franz, Einführung in die Verwaltungswissenschaft, 2013, S. 285; T. Siegel, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverband, 2009, S. 269: „der über eine schlichte Anhörung hinausgehende Auftrag [...], möglichst nach Übereinstimmung zu suchen“.

fern als entscheidend, dass all diese Beteiligungserfordernisse darauf gerichtet sind, durch den Rückgriff auf den bei den entsprechenden Stellen vorhandenen Sachverstand das entscheidungsrelevante Regelwissen zusammenzutragen. Insofern unterscheiden sie sich auch von der in § 16 Abs. 4 GenTG ebenfalls vorgesehenen Pflicht, im Vorfeld einer Freisetzungsgenehmigung den zuständigen Landesbehörden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Denn sie findet ihren Grund gerade im „spezifisch regionalen Sachverstand“ der Landesbehörden<sup>523</sup> und damit in deren besonderer Vertrautheit mit den regionalen Umständen des Einzelfalls. Im Lichte der oben skizzierten Unterscheidung zwischen Sachverhalts- und Regelwissen dürfte deren Ermittlung daher von vorneherein nicht in den Verantwortungsbereich der Legislative fallen.

### cc) Gesundheitsrecht

Dass das Verwaltungsverfahren Expertengremien und sachverständige Stellen einbezieht, um auszugleichen, dass der Gesetzgeber in Bereichen, die von komplexen und dynamischen Wissensbeständen abhängen, nur vage Vorgaben macht, zeigt sich schließlich auch im Bereich der krankenversicherungsrechtlichen Bewilligung von Behandlungsleistungen. Welche medizinischen Leistungen Vertragsärzte zu Lasten der Krankenversicherungen erbringen und abrechnen dürfen und auf welche Behandlungen und Heilmittel die Versicherten Anspruch haben, wird von den einschlägigen Normen des SGB V nur vage umschrieben. Sie müssen „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich“ sein,<sup>524</sup> ihre „Qualität und Wirksamkeit“ muss „dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ entsprechen,<sup>525</sup> und „sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“.<sup>526</sup> Die derart offenen materiellen Direktiven zu konkretisieren, bleibt den Richtlinien des GBA überlassen, der bei deren Erlass folglich nicht umhinkommt, selbst für die gesetzlich geforderte wissenschaftliche Unterfütterung zu sorgen.<sup>527</sup> Freilich erkennt das SGB V an, dass er diesem Anspruch schon angesichts seiner Besetzung kaum gerecht zu werden vermag.<sup>528</sup> In bestimmten Bereichen ist dem Erlass von Richtlinien daher eine obligatorische Sachverständigenbeteiligung vorgeschaltet: Richtlinien, mit denen der GBA die zahnärztliche Versorgung regelt, muss er „auf der Grundlage auch

<sup>523</sup> H.-G. Dederer, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), *Recht der Gentechnik und Biomedizin*, Bd. 1, Stand: 8. Erg.-Lfg. Mai 1993, § 16 GenTG Rn. 177.

<sup>524</sup> § 12 Abs. 1 S. 1 1. Hs. SGB V; ebenso § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V.

<sup>525</sup> § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V; ebenso § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V, § 135a Abs. 1 S. 2 SGB V.

<sup>526</sup> § 12 Abs. 1 S. 1 2. Hs. SGB V; ebenso § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V. Trotz der im Detail leicht abweichenden Formulierungen hält das BSG die Maßstäbe, die § 2 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und § 70 Abs. 1 SGB V für medizinische Leistungen definieren, für inhaltsidentisch, siehe BSGE 81, 54 (59f.).

<sup>527</sup> Zur Kompensationsfunktion dieser Wissensgenerierung im Hinblick auf die Entlastungsfunktion des Gesetzes bereits oben § 3 IV 2 e).

<sup>528</sup> Vgl. R. Pitschas, *MedR* 2008, S. 34 (35).

von externem, umfassendem zahnmedizinisch-wissenschaftlichem Sachverstand“ beschließen;<sup>529</sup> im Vorfeld des Richtlinienerrlasses über neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden ist den „jeweils einschlägigen wissenschaftlichen Fachgesellschaften“ Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben,<sup>530</sup> und auch vor Erlass der Arzneimittel-Richtlinie hat der GBA „den Sachverständigen der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft und Praxis“ die Möglichkeit einzuräumen, sich zu äußern.<sup>531</sup> Da das BSG davon ausgeht, dass der Einsatz zulassungsbedürftiger Arzneimittel regelmäßig nur dann als zweckmäßig (und damit wirtschaftlich) im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V angesehen werden kann, wenn die erforderliche Zulassung erteilt wurde,<sup>532</sup> trägt zudem auch die im arzneimittelrechtlichen Zulassungsverfahren gewährleistete Einbeziehung wissenschaftlichen Sachverständs<sup>533</sup> indirekt zur wissenschaftsbasierten Konkretisierung der sozialrechtlichen Bewilligungsmaßstäbe bei.

Jenseits dieser bereichsspezifischen Beteiligungsvorbehalte versucht das SGB V vor allem durch die Einbindung des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) sicherzustellen, dass das Fehlen gesetzlich gespeicherten Erfahrungs- und Regelwissens im Verfahren der Normkonkretisierung durch den GBA ausgeglichen wird. Unter der Leitung einer Person von „hohe[r] wissenschaftliche[r] Reputation“<sup>534</sup> und beraten durch einen aus Wissenschaftlern zusammengesetzten Beirat<sup>535</sup> bildet das IQWiG ein Expertengremium, das den GBA bei der Beurteilung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungen berät, die im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werden. Hierzu erstellt das Institut wissenschaftliche Ausarbeitungen, recherchiert, resümiert und bewertet den aktuellen medizinischen Wissensstand zu diagnostischen und therapeutischen Verfahren, und es bewertet Kosten und Nutzen bestimmter Arzneimittel.<sup>536</sup> Auch wenn die entsprechenden Eingaben des IQWiG lediglich Empfehlungscharakter besitzen,<sup>537</sup>

<sup>529</sup> § 92 Abs. 1a S. 2 SGB V.

<sup>530</sup> § 92 Abs. 7d S. 1 SGB V.

<sup>531</sup> § 92 Abs. 3a S. 1 SGB V.

<sup>532</sup> Sog. negative Vorgreiflichkeit, siehe *P. Axer*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 31 Rn. 23; *K. Fastabend*, NZS 2002, S. 299 (306); *J. Jousen*, in: Rolfs u. a. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, § 12 SGB V Rn. 5; *T. Kingreen*, NZS 2011, S. 441 (441); *F. Werner*, PharmR 2001, S. 284 (285 f.); aus der Rechtsprechung BSGE 82, 233 (235 f.); 72, 252 (258 f.); ausführlich zum konkreten Umfang der Vorgreiflichkeit *R. Francke*, MedR 2006, S. 683 (684 ff.).

<sup>533</sup> Vgl. dazu *U. Di Fabio*, VerwArch 81 (1990), S. 193 (198 ff.), *K. Weilert*, Ressortforschung, 2022, S. 319 ff. sowie zum Zulassungsverfahren auf Ebene der EU auch *G. Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, S. 224 ff.

<sup>534</sup> § 7 Abs. 2 S. 5 IQWiG-Satzung. Die Satzung kann abgerufen werden unter <https://www.iqwig.de/ueber-uns/aufgaben-und-ziele/gesetzliche-grundlagen/satzung-der-stiftung/> (zuletzt abgerufen am 22.08.2023).

<sup>535</sup> § 9 Abs. 4 IQWiG-Satzung.

<sup>536</sup> Siehe § 139a Abs. 3 Nrn. 1, 2, 6 SGB V.

<sup>537</sup> § 139b Abs. 4 S. 1 SGB V; der GBA muss die Stellungnahmen des IQWiG folglich ledig-

fungiert das Institut damit als „institutionalisierte Wissensbasis“<sup>538</sup> des GBA. Sein Fachwissen bezieht das IQWiG dabei nicht nur aus dem in ihm selbst versammelten Sachverstand. Vielmehr soll es zur Erfüllung seiner Aufgaben auch seinerseits externe Sachverständige mit wissenschaftlichen Forschungsaufträgen betrauen<sup>539</sup> und muss zudem „in allen wichtigen Abschnitten des Bewertungsverfahrens Sachverständige[,] der medizinischen, pharmazeutischen und gesundheitsökonomischen Wissenschaft und Praxis“ anhören und deren Stellungnahmen in seine Ausarbeitungen einbeziehen.<sup>540</sup>

Der gesetzlichen Grundkonzeption nach hängt die Einbindung des IQWiG zwar von der Entscheidung des GBA selbst ab, weil das IQWiG nur auf dessen Auftrag und folglich nicht aus eigener Initiative tätig werden darf.<sup>541</sup> Doch dirigiert die Verfahrensordnung des GBA die Entscheidung des GBA dahingehend, dass eine Beauftragung in allen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung erfolgen soll.<sup>542</sup> In der Praxis relativiert sich die Problematik zudem dadurch, dass der GBA dem IQWiG, schon kurz nachdem dieses seine Tätigkeit aufgenommen hatte, einen Generalauftrag erteilt hat, der davon ausgeht, dass das IQWiG „auf den ihm gemäß § 139a Abs. 3 SGB V übertragenen Arbeitsfeldern nicht nur Einzelaufträge des G-BA bearbeitet, sondern aus der eigenverantwortlichen wissenschaftlichen Arbeit heraus dem G-BA für dessen gesetzliche Aufgaben notwendige Informationen über versorgungsrelevante Entwicklungen in der Medizin zur Verfügung stellt und konkrete Vorschläge für Einzelaufträge erarbeitet“.<sup>543</sup> Im Hinblick auf den Kompensationsgedanken besteht das Ziel der damit auf Dauer gestellten Einbeziehung des IQWiG allerdings nicht nur darin, die gesetzgeberischen Wissensdefizite prozedural auszugleichen und den GBA eben hierdurch von der Aufgabe der Wissenserschaffung zu entlasten.<sup>544</sup> Vielmehr hegt das Schrifttum daneben auch die Hoffnung, die über das IQWiG

---

lich berücksichtigen und ist nicht strikt an sie gebunden, siehe *E. Hauck*, NZS 2007, S. 461 (464); *S. Rixen*, MedR 2008, S. 24 (28).

<sup>538</sup> *D. Barth*, in: Spickhoff (Hrsg), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 139b SGB V Rn. 2; siehe auch *R. Pitschas*, MedR 2008, S. 34 (36); *S. Rixen*, MedR 2008, S. 24 (26); *S. Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, 2006, S. 52.

<sup>539</sup> § 139b Abs. 3 S. 1 SGB V.

<sup>540</sup> § 139a Abs. 5 S. 1, 2 SGB V.

<sup>541</sup> *J. W. Kügel*, NZS 2006, S. 232 (234); *D. Roters*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 139b SGB V Rn. 3 (Stand: 109. Erg.-Lfg. Mai 2020).

<sup>542</sup> So Kap. 1 § 16 Abs. 1 S. 1 VerfO GBA. Anders als die Formulierung des § 139b Abs. 1 SGB V im Indikativ („Der [GBA] beauftragt das Institut mit Arbeiten nach § 139a Abs. 3.“) vermuten lassen könnte, ergibt sich aus dieser Vorschrift keine kategorische Beauftragungspflicht des GBA; vgl. *D. Barth*, in: Spickhoff (Hrsg), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 139b SGB V Rn. 2.

<sup>543</sup> Siehe Ziff. 2 des Generalauftrags: GBA, Beschl. v. 21.12.2004, abrufbar unter <https://www.g-ba.de/downloads/39-261-216/2004-12-21-Generalauftrag-IQWiG.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.08.2023).

<sup>544</sup> Von Entlastung spricht ausdrücklich *E. Hauck*, NZS 2007, S. 461 (464); vgl. zur Entlastungsfunktion des Gesetzes bereits oben § 3 III 1 c).

vermittelte Rückbindung an wissenschaftliche Erkenntnisse bewirke eine „institutionelle Belieblichkeitshemmung“<sup>545</sup> und – so mag man dies im Lichte der skizzierten Gleichheitsfunktion des Gesetzes<sup>546</sup> deuten – gleiche damit die Gefahr willkürlicher, gleichheitswidriger Entscheidungen aus, die die offenen Tatbestandsvoraussetzungen provozieren.

*dd) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Expertenbeteiligung*

Das Kompensationsversprechen der Einbindung von Expertengremien und sachverständigen Stellen beruht auf deren Beitrag zur Wissensgenerierung. Sie gleichen aus, dass das materielle Recht seine Funktion als Speicher und Transmitter entscheidungsrelevanter Wissensbestände insbesondere dort nur noch eingeschränkt erfüllt, wo es sich angesichts der Dynamik der wissenschaftlichen oder technischen Entwicklung auf offene Tatbestandsvorgaben zurückzieht und deren situationsspezifische Konkretisierung der Verwaltung überlässt. Indem die Einbindung von Expertise dazu beiträgt, das fehlende, aber entscheidungsrelevante Wissen im Verwaltungsverfahren selbst zu erzeugen, bemüht es sich, die eingeschränkte Entlastungsfunktion des materiellen Gesetzesrechts zu kompensieren. Nur vereinzelt wird die Funktion der Experteneinbindung daneben auch darin gesehen, willkürliche Entscheidung zu vermeiden und somit auszugleichen, dass offene materielle Gesetzesnormen eine gleichheitsgerechte Verwaltungspraxis nicht verlässlich gewährleisten können.

*d) Beteiligung von privaten Betroffenen und allgemeiner Öffentlichkeit*

Mit dem Gedanken der Kompensation durch Verfahren beinahe untrennbar verbunden ist schließlich auch die Einbindung der Öffentlichkeit in das Verwaltungsverfahren.<sup>547</sup> Wo nach deren Funktionen gefragt wird, gehört der Hinweis auf ihr Potential, Schwächen des materiellen Rechts auszugleichen, inzwischen zum festen Antwortkanon. Nicht nur kompensiere die Öffentlichkeitsbeteiligung, dass es komplexen Verwaltungsentscheidungen aufgrund ihrer geringen Vorsteuerung durch das materielle Gesetzesrecht an sachlich-inhaltlicher Legitimation mangle;<sup>548</sup> auch leiste sie überall dort, wo gerichtlicher Rechtsschutz

<sup>545</sup> S. Rixen, MedR 2008, S. 24 (27).

<sup>546</sup> Oben § 3 III 1 g).

<sup>547</sup> Deutlich W. Schmitt Glaeser, in: Lerche/Schmidt-Aßmann/Schmitt Glaeser, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (42f.).

<sup>548</sup> A. Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, S. 245 („Beteiligung kompensiert die Mängel der Legitimationsketten“), 247f., 335ff.; C. Fraenkel-Haeberle, DÖV 2016, S. 548 (555); E. Gassner, Methoden und Maßstäbe für die planerische Abwägung, 1993, S. 71 f.; U. Graffe, Die Beteiligung des Bürgers an umweltschutzrechtlich relevanten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung des VwVfG, 1980, S. 13 f.; T. Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 194 ff. (für „pluralistische Kollegialgremien“ zur Vertretung gesellschaftlicher Interessen); ders., DÖV 2011, S. 510 (511); E. Gurlit, JZ 2012,



zu spät komme oder angesichts administrativer Beurteilungsspielräume an Grenzen stoße, einen vorgezogenen (Grund-)Rechtsschutz durch Verfahren, der eben dieses Manko des gerichtlichen Rechtsschutzes auffange.<sup>549</sup>

Freilich suggeriert der pauschale Begriff der Öffentlichkeitsbeteiligung eine Einheitlichkeit, die der Vielfalt der mit ihm referenzierten Beteiligungsformen nicht gerecht wird und der vor allem verschleiern, wie divers der Kreis der Mitglieder der beteiligten Öffentlichkeit(en) ist.<sup>550</sup> Personen, deren Rechte unmit-

---

S. 833 (835); V. M. Haug/K. Schadtke, NVwZ 2014, S. 271 (273, 275); F. Kopp, BayVBl. 1980, S. 97 (101); T. Mann, VVDStRL 72 (2013), S. 544 (565 f.); J. Martin, Das Steuerungskonzept der informierten Öffentlichkeit, 2012, S. 184 f.; E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, 2. Kap. Rn. 111; J. Schoeneberg, UPR 1985, S. 39 (39); G. F. Schuppert, AöR 102 (1977), S. 369 (399 ff.); R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 273; F. Wittreck, ZG 26 (2011), S. 209 (219 f.); (wohl) ebenfalls in diese Richtung A. Fisahn, ZUR 2004, S. 136 (137); A. Guckelberger, DÖV 2006, S. 97 (101); nachdrücklich, mit dem Plädoyer für Verwaltungsreferenden, A. Roßnagel, Jahrbuch für Grundrechte und Demokratie 1985, S. 233; kritisch dazu u. a. W. Blümel, in: Festschrift für E. Forsthoff, 1972, S. 9 (23); ders., in: ders. (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 23 (25 f.); W. Dollinger, Bürgerbeteiligung in Genehmigungsverfahren von Großprojekten, 1986, S. 88 f.; C. Durinke/P. Durinke, KommJur 2016, S. 241 (243 f.); E. Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), S. 329 (376 – bezogen auf Betroffenenpartizipation); W. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 179 (209 ff., insbes. 214 ff.); ders., in: Lerche/Schmidt-Aßmann/Schmitt Glaeser, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (48 f.): „Stärkung des demokratischen Elements der Entscheidung“, aber „keine, auch keine zusätzliche, Legitimationsfunktion“; A. Seibert-Fohr, VerwArch 104 (2013), S. 311 (320 ff.); differenzierend J. Ziekow, in: Botha/Schaks/Steiger (Hrsg.), Das Ende des repräsentativen Staates?, 2016, S. 311 (326, 336); zusammenfassend auch M. Zschiesche, Öffentlichkeitsbeteiligung in umweltrelevanten Zulassungsverfahren, 2015, S. 63 ff.; ausführlich zur Legitimationsfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung, wenngleich ohne Bezug zum Kompensationsgedanken, nun B. Peters, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, 2020.

<sup>549</sup> R. Hendler, Die bürgerschaftliche Mitwirkung an der städtebaulichen Planung, 1977, S. 51 ff., insbes. 53 f.; W. Hoffmann-Riem/S. Rubbert, Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit, 1984, S. 35 f.; W. Köck, ZUR 2016, S. 643 (646); A. Lippert, ZUR 2013, S. 203 (208 f.); W. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 179 (204 ff., insbes. 207; 240 ff.); in diese Richtung auch W. Blümel, in: Festschrift für E. Forsthoff, 1972, S. 9 (23 ff.); vgl. für das atomgesetzliche Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung auch BVerwG, NVwZ 1985, S. 745, wo das Gericht die Öffentlichkeitsbeteiligung als Kompensation für die Rechtsschutzdefizite qualifiziert, die durch die Einräumung administrativer Beurteilungsspielräume entstehen. Die Öffentlichkeitsbeteiligung eröffne „im Interesse eines effektiven Grundrechtsschutzes den potentiell von dem Vorhaben betroffenen Dritten die Möglichkeit [...], ihre Belange schon im Genehmigungsverfahren vorzubringen und sich damit [...] frühzeitig gegen die Anlage zur Wehr zu setzen. Diese Beteiligungsmöglichkeit ist gewissermaßen ein Äquivalent dafür, daß die atomrechtlichen Genehmigungsbehörden ihre Entscheidung anhand von Bewertungen zu treffen haben, die die VGe zwar auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen können, nicht aber durch eigene Bewertungen ersetzen dürfen“.

<sup>550</sup> Vgl. zur Variationsbreite auch S. Bock/B. Reimann, Beteiligungsverfahren bei umweltrelevanten Vorhaben, 2017, S. 33; C. Fraenkel-Haeberle, DÖV 2016, S. 548 (550 f.); H. Rossen- Stadtfeld, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 69; R. Walter, VVDStRL 31 (1973), S. 147 (151 ff.); M. Wu, Öffentlichkeitsbeteiligung an umweltrechtlichen Fachplanungen, 2013, S. 69 ff., insbes. 72 ff. sowie eingehend A. Guckelberger, VerwArch 103 (2012), S. 31 (insbes. 35 ff.).

telbar betroffen sind, gehören ihm ebenso an wie solche, die nur ein unspezifisches Interesse am Verfahrensausgang haben; und Unternehmen, Verbände und zivilgesellschaftliche Assoziationen schließt er ebenso ein wie betroffene oder interessierte Einzelpersonen. Nicht in allen Bereichen des Verwaltungsrechts erstrecken sich die der Öffentlichkeit eingeräumten Beteiligungsrechte indes auf all diese Gruppen. Schon die verbreitete Definition der Öffentlichkeitsbeteiligung als „unmittelbare Mitwirkung (i. w. S.) am Entscheidungsverfahren der Verwaltung von Betroffenen *und/oder* Interessierten und Engagierten“<sup>551</sup> lässt das leicht erkennen. Für die Analyse der (Kompensations-)Leistungen der Öffentlichkeitsbeteiligungen legt das im Ausgangspunkt ein weites Begriffsverständnis, in der konkreten Betrachtung aber zugleich Differenzierungen nahe, die in der abstrakten Frage nach Funktionen „der“ Öffentlichkeitsbeteiligung zu verschwimmen drohen. An den hier untersuchten Referenzgebieten aus dem Wirtschafts- (dazu lit. aa), Umwelt- (dazu lit. bb) und Gesundheitsverwaltungsrecht (dazu lit. cc) lässt sich das illustrieren. Ein genauer Blick auf sie zeigt zugleich, dass sich der Kompensationsanspruch von Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht in den Aspekten Legitimation und Rechtsschutz erschöpft.

#### *aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht*

##### *(1) Vergaberecht*

Legt man die Folie von Legitimation und Rechtsschutz zugrunde, so enthält bereits das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe eine untypische Form der Öffentlichkeitsbeteiligung.<sup>552</sup> Denn in das Vergabeverfahren einbezogen wird die Öffentlichkeit hier allein über die Pflicht der Verwaltung, den zu vergebenden Auftrag öffentlich auszuschreiben und auf diese Weise „eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auf[zufordern]“.<sup>553</sup> Mit der Klarstellung, dass „jedes interessierte Unternehmen“ ein Angebot abgeben kann,<sup>554</sup> legt das Vergaberecht dabei ein weites Verständnis des

<sup>551</sup> W. Hoffmann-Riem/S. Rubbert, Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit, 1984, S. 1 (Hervorhebung hinzugefügt); aufgegriffen bei A. Kurz, Juristische Aspekte der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Planung und Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben, 3. Aufl. 1994, S. 11; M. Stracke, Öffentlichkeitsbeteiligung im Übertragungsnetzausbau, 2017, S. 115; ähnlich, aber tendenziell noch weiter H. Rossen-Stadtfeld, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 69, der den Kern darin sieht, dass „nichtstaatlichen Akteuren (Einzelpersonen, Verbänden, zivilgesellschaftlichen Assoziationen, Unternehmen, sonstigen Organisationen) die Möglichkeit einer gestaltenden Mitwirkung an dem Verwaltungsvorhaben eingeräumt“ wird.

<sup>552</sup> Siehe auch B. Bredemeier, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 145: „besondere Form“ der Öffentlichkeitsbeteiligung.

<sup>553</sup> § 15 Abs. 1 S. 1 VgV; § 119 Abs. 3 GWB.

<sup>554</sup> § 15 Abs. 1 S. 2 VgV.

zu beteiligten Kreises zugrunde. Kompensatorische Bedeutung wird der Einbindung der interessierten Unternehmen nun insoweit zugemessen, als der für die Vergabeentscheidung maßgebliche Entscheidungsmaßstab, namentlich derjenige des wirtschaftlichsten Angebots, „allein mittels des vergaberechtlichen Konkretisierungsmodus bestimmt“ und er damit gewissermaßen in Prozeduralität aufgelöst werde.<sup>555</sup> Nun erschöpft sich der angesprochene Konkretisierungsmodus freilich schon deshalb nicht in der öffentlichen Ausschreibung des zu vergebenden Auftrags, weil der Vergabewettbewerb die Kriterien, anhand derer die Wirtschaftlichkeit eines Angebots zu beurteilen ist, nicht selbst zu erzeugen vermag. Die Aufgabe der (Unter-)Kriterienbildung bleibt stattdessen den oben bereits erörterten Konzeptpflichten überlassen.<sup>556</sup> Im arbeitsteiligen Zusammenspiel mit diesen kommt der vergaberechtlichen Ausschreibung die Funktion zu, das entscheidungsrelevante Wissen über die Marktlage zu generieren.<sup>557</sup> Man mag in ihr insofern ein „Entdeckungsverfahren“ erkennen,<sup>558</sup> das der Verwaltung das ihr ansonsten unzugängliche Wissen darüber vermittelt, in welcher Form und zu welchen Bedingungen, insbesondere zu welchem Preis, die ausgeschriebene Leistung erbracht und folglich auch beschafft werden kann. Die Bedeutung der unterbreiteten Angebote besteht angesichts dessen in ihrer Informationsfunktion: Für die Vergabestelle erschließt und akkumuliert das Ausschreibungsverfahren das zunächst private, dezentral gespeicherte Wissen der nicht-staatlichen Marktteilnehmer.<sup>559</sup> Die im vergaberechtlichen Ausschreibungsverfahren institutionalisierte Sonderform der Öffentlichkeitsbeteiligung kompensiert insofern Wissensdefizite des Gesetzgebers, die sich als weitgehend unvermeidbar erweisen dürften.<sup>560</sup> Denn die Frage nach dem wirt-

<sup>555</sup> So *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 242; in der Sache ebenso *C. Fuchs*, in: Towfigh u. a. (Hrsg.), Recht und Markt, 2009, S. 205 (218): „Verfahren wie der klassische Vergaberechtswettbewerb übernehmen dort, wo sich inhaltlich Zielvorgaben zurückziehen, immer mehr die Aufgabe eine sachgerechte Verteilung zu gewährleisten. Das Wettbewerbsresultat [...] soll, indem es als Auswahl- und damit Verteilungsergebnis akzeptiert wird, gleichermaßen dessen sachliche Richtigkeit gewährleisten.“

<sup>556</sup> Siehe oben § 3 IV 2 b) aa).

<sup>557</sup> *M. Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 119; vgl. auch *C. Fuchs*, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 15 Rn. 35.

<sup>558</sup> Zum Konzept des „Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren“ siehe *F. A. v. Hayek*, in: ders., Freiburger Studien, 2. Aufl. 1994, S. 249; instruktiv dazu *S. Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 2 Rn. 36; angewendet auf das Vergaberecht findet sich der Gedanke bei *C. B. Blankart*, in: Schmidt-Trenz/Stober (Hrsg.), Der Dritte Sektor als Infrastrukturakteur, 2014, S. 85 (85 f.); verallgemeinernd auch *J.-P. Schneider*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 317 (344), der die „Ökonomisierung“ des Verwaltungsrechts unter Bezugnahme auf *Hayek* als Reaktion auf die gesetzgeberische Ungewissheit deutet.

<sup>559</sup> Allgemein zu dieser Funktion des Wettbewerbs *S. Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 2 Rn. 36.

<sup>560</sup> In anderem Kontext ebenso *T. Kingreen*, VSSR 2006, S. 379 (394): „Die materielle Ungewissheit wird also durch ein sachadäquates Verfahren kompensiert.“

schaftlichsten Angebot, also dem optimalen, d.h. besten erreichbaren Preis-Leistungs-Verhältnis, lässt sich erst auf Grundlage des im Ausschreibungswettbewerb zusammengetragenen Wissens beantworten, das angesichts seiner Abhängigkeit von der Dynamik des Marktes zudem in hohem Maße instabil ist. Attestiert man dem Ausschreibungsverfahren kompensatorische Funktionen, so besteht diese folglich darin, durch die Wissensgenerierung im Vergabewettbewerb die Entlastungsfunktion zu übernehmen, die üblicherweise dem Gesetz als Erfahrungsspeicher zukommt.

## (2) Telekommunikationsregulierungsrecht

In ganz ähnlicher Weise wird die Öffentlichkeitsbeteiligung auch im Recht der Telekommunikationsregulierung als Reaktion darauf verstanden, dass die BNetzA für ihre Regulierungsentscheidungen auf Wissensbestände angewiesen ist, die ihr nur die privaten Marktteilnehmer erschließen können.<sup>561</sup> Wie bereits skizziert, erfüllt das Gesetz seine Funktion als entlastender Erfahrungsspeicher in diesem Bereich schon deshalb nur eingeschränkt, weil es im Hinblick auf die Auswirkungen von Marktinnovationen und -eingriffen an verlässlichem Erfahrungswissen fehlt und die Normierung materieller Entscheidungsvorgaben eine Wissenskontinuität voraussetzt, die angesichts der Dynamik der Marktentwicklung schlicht nicht besteht.<sup>562</sup> Um die Wissenslücken der infolgedessen offenen gefassten Gesetzesvorgaben auszugleichen, zielt die telekommunikationsrechtliche Öffentlichkeitsbeteiligung auf die „Mobilisierung weiträumig verteilter Wissensbestände“.<sup>563</sup>

Vor allem im Rahmen des sog. Konsultationsverfahrens<sup>564</sup> nach § 12 Abs. 1 TKG gibt die BNetzA dazu allen „interessierten Parteien“ Gelegenheit, zu den

<sup>561</sup> Siehe insbes. *H. C. Röhl*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwRII*, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 31f.; ferner *C. Quabeck*, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, S. 197f., 200; zu Informationsvorsprung der Marktteilnehmer gegenüber der Regulierungsbehörde auch *R. Broemel*, in: Münkler (Hrsg.), *Dimensionen des Wissens im Recht*, 2019, S. 139 (144); *J. Masing*, *Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?*, 2006, S. D 82; vgl. auch *H.-H. Trute*, in: *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, S. 857 (864f., 868).

<sup>562</sup> Siehe bereits oben § 3 IV 1 bei Fn. 115 sowie *C. Quabeck*, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, S. 197f.; *H. C. Röhl*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwRII*, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 31; *H.-H. Trute*, in: *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, S. 857 (858).

<sup>563</sup> *B. Wollenschläger*, *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009, S. 119ff., Zitat auf S. 131; zum Kompensationsanspruch derartiger Wissensgenerierung ebd., S. 20: Wissensgenerierung im Verfahren ist ein „funktionales Äquivalent für den Verlust an Erfahrungs- und Regelwissen, auf das die Verwaltung im herkömmlichen Modell der Rechtskonkretisierung vom Gesetzgeber verwiesen wurde“.

<sup>564</sup> Siehe zu diesem nur *F. Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 80ff.; zu dessen wissensgenerierender und Spielräume konkretisierender Funktion *R. Broemel*, in: Münkler (Hrsg.), *Dimensionen des Wissens im Recht*, 2019, S. 139 (148).

Entwürfen der Entscheidungen über Marktdefinition (§ 10 TKG) und Marktanalyse (§ 11 TKG) Stellung zu nehmen. Und auch der Entwurf bestimmter Maßnahmen zur Marktregulierung ist der Öffentlichkeit zur Kommentierung vorzulegen, sofern von ihnen „beträchtliche Auswirkungen auf den entsprechenden Markt“ zu erwarten sind.<sup>565</sup> Ergänzt wird das in diesen Fällen ohnehin bereits zweistufige<sup>566</sup> Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung durch das Erfordernis, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.<sup>567</sup> Die Teilnahme an ihr steht in erster Linie den Betroffenen offen, also den Netzbetreibern und Diensteanbietern, gegen die sich das Verfahren richtet. Sofern die BNetzA sie beiläuft, können sich aber auch lediglich interessierte Personen an ihr beteiligen.<sup>568</sup> Im Vergleich zum Konsultationsverfahren bietet die mündliche Verhandlung dabei ein Forum, in dem die Sach- und Rechtslage in direktem Austausch miteinander eingehend erörtert und betroffene Interessen im gemeinsamen Gespräch erläutert und abgewogen werden können.

Im Schrifttum wird der mündlichen Verhandlung nicht zuletzt deshalb attestiert, „einen bedeutenden Beitrag zur Kompensation der inhaltlichen Unbestimmtheit“ regulierungsrechtlicher Entscheidungsgrundlagen zu leisten.<sup>569</sup> Indem die Beschlusskammer sich direkt mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinandersetze, werde für die Betroffenen bereits im Vorfeld erkennbar, welche Entscheidungen sie möglicherweise zu erwarten haben.<sup>570</sup> Gemeinsam mit dem Konsultationsverfahren garantiere die Verhandlung zudem eine umfassend informierte Entscheidung und liefere damit „einen Beitrag zum vorgelagerten behördlichen Rechtsschutz, der mithilft, die gerichtlichen Kontrolldefizite zu kompensieren“.<sup>571</sup> Die Öffentlichkeitsbeteiligung wird auf diese Weise nicht nur mit dem Anspruch verbunden, die angesichts offener Entscheidungsvorgaben reduzierte Orientierungsfunktion des Gesetzes auszugleichen; auch wird ihr die Aufgabe überantwortet, die angesichts von Regulierungsermessen

<sup>565</sup> § 14 Abs. 2 TKG. In der Praxis geht die BNetzA über die Anforderungen des TKG zuweilen insofern hinaus, als sie eine Öffentlichkeitsbeteiligung bereits vor Erstellung eines Entscheidungsentwurfs durchführt, siehe dazu *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 132.

<sup>566</sup> Gem. § 14 Abs. 3 S. 4 TKG kann die BNetzA das Konsultationsverfahren im Hinblick auf die Regulierungsverfügung zwar gemeinsam mit demjenigen für Marktdefinition und -analyse durchführen. Die BNetzA führt beide Konsultationsverfahren indes regelmäßig getrennt voneinander durch, siehe *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 81 m. Nachw.

<sup>567</sup> § 215 Abs. 3 TKG.

<sup>568</sup> § 213 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

<sup>569</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 280.

<sup>570</sup> Allgemein zur verbesserten Vorhersehbarkeit von Entscheidungen durch Öffentlichkeitsbeteiligung *M. Stracke*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Übertragungsnetzausbau, 2017, S. 133.

<sup>571</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 268.

und Beurteilungsspielräumen der BNetzA reduzierte Rechtsschutz- bzw. Kontrollfunktion der materiellen Gesetzesvorgaben an dessen Stelle auszufüllen.<sup>572</sup>

### bb) Umweltrecht

Vergleichbare Kompensationsleistungen verspricht sich auch das Umweltverwaltungsrecht von der verfahrensrechtlichen Einbindung der Öffentlichkeit.

#### (1) Immissionsschutzrecht

Im Bereich des Immissionsschutzes zeigt sich das auf gleich zwei Ebenen: Beim Erlass von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften einerseits, bei der Entscheidung über individuelle Anlagengenehmigungen andererseits.

Im Rahmen der administrativen Normkonkretisierung durch Verwaltungsvorschriften oder Rechtsverordnungen kommt die Öffentlichkeit dadurch zu Wort, dass die entsprechenden Vorgaben erst „nach Anhörung der beteiligten Kreise“ ergehen dürfen.<sup>573</sup> Ihnen gehört – neben den oben bereits erwähnten Personen aus dem Bereich der Wissenschaft<sup>574</sup> – ein „jeweils auszuwählender

<sup>572</sup> Vergleichbare Erwägungen ließen sich auch für das Personenbeförderungsgesetz anstellen. Auch hier ist die Kontrolldichte durch Beurteilungsspielräume zurückgenommen (siehe oben § 3 IV 2 b) cc]), auch hier sind maßgebliche Fragen – etwa die nach der Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen – auf Grundlage staatlicher Wissensbestände allein nicht angemessen zu beantworten, und auch hier ist sowohl die Aufstellung von Nahverkehrsplänen als auch die Erteilung von Personenbeförderungsgenehmigungen in verfahrensrechtlicher Hinsicht an eine Beteiligung der Öffentlichkeit gebunden (siehe § 8 Abs. 3 S. 6, § 14 Abs. 1 PBefG): Im Genehmigungsverfahren ist den Unternehmen, die im betroffenen Bereich bereits Beförderungsleistungen anbieten oder eine entsprechende Genehmigung beantragt haben (C. Heinze/L. H. Fiedler, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 4), Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, und die Industrie- und Handelskammern, die betroffenen Fachgewerkschaften sowie die Fachverbände der Verkehrtreibenden sind „gutachtlich zu hören“; im Rahmen der Aufstellung von Nahverkehrsplänen sind die vorhandenen Verkehrsunternehmer „zu beteiligen“ und Behindertenbeauftragte oder -beiräte sowie die Verbände der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Fahrgäste und Fahrgastverbände müssen angehört werden. Diese Beteiligungsvorgaben werden regelmäßig auf den Zweck der Wissensgenerierung im Verfahren zurückgeführt (M. Bauer, Personenbeförderungsgesetz, 2010, § 14 Rn. 2; in diese Richtung auch T. Grätz, in: Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz, § 14 Rn. 2 [Stand: Dezember 2012]) und auch das Motiv (vorgezogenen) Rechtsschutzes durch Verfahren klingt zuweilen an (siehe etwa VGH München, Urt. v. 20.06.2013 – 11 BV 10.1085 –, BeckRS 2013, 53430 Rn. 27: Das Anhörungsverfahren dient auch der „angemessenen Berücksichtigung“ des über die Berufsfreiheit grundrechtlich abgesicherten Besitzstands der Altunternehmer; dem entspricht es auch, dass das Anhörungsverfahren nach § 14 PBefG regelmäßig als *lex specialis* zu § 28 VwVfG qualifiziert wird, und das selbst [wenig überzeugend] für die Beteiligung der genannten Verbände, siehe etwa M. Bauer, Personenbeförderungsgesetz, 2010, § 14 Rn. 2; G. Fromm/K.-A. Sellmann/H. Zuck, Personenbeförderungsgesetz, 4. Aufl. 2013, § 14 PBefG Rn. 1.). Der naheliegende Schluss, sie angesichts dessen als Ausdruck einer Kompensation durch Verfahren zu deuten, wird soweit ersichtlich dennoch nicht gezogen.

<sup>573</sup> § 48 Abs. 1 S. 1, § 7 Abs. 1 S. 1 BImSchG.

<sup>574</sup> Siehe oben § 3 IV 4 c) bb) (1).

Kreis von Vertretern [...] der Betroffenen, der beteiligten Wirtschaft [sowie] des beteiligten Verkehrswesens“ an.<sup>575</sup> Die Öffentlichkeit wird so gewissermaßen repräsentiert durch die plural zusammengesetzten beteiligten Kreise in das Verfahren einbezogen. Wenngleich für den Gesetzgeber insofern das Anliegen der Informationsbeschaffung leitend gewesen zu sein scheint,<sup>576</sup> wird die Anhörung der beteiligten Kreise im Schrifttum nicht selten mit der Hoffnung verbunden, Schwächen der materiellen Vorgaben des BImSchG auszugleichen.<sup>577</sup> Eine Kompensationsfunktion komme ihm insofern zu, als es eine transparente und offene Diskussion über die richtigen Normvorgaben auch dort erzwingt, wo die parlamentarische Debatte ausfällt. Sofern der Gesetzgeber sich – überfordert vom Bedarf nach detaillierten technischen Regelungen – auf unbestimmte Vorgaben zurückzieht, gleiche das Anhörungsverfahren die entstehenden Deliberations- und Legitimationsdefizite aus.<sup>578</sup> Und auch unter dem Gesichtspunkt vorgezogenen Rechtsschutzes – und damit im Hinblick auf die Kontrollfunktion des Gesetzes – wird die Einbeziehung der beteiligten Kreise zuweilen mit dem Kompensationsgedanken in Verbindung gebracht.<sup>579</sup>

Auf der Ebene des individuellen Genehmigungsverfahrens bewirkt das BImSchG die Einbindung der Öffentlichkeit zunächst dadurch, dass der Genehmigungsantrag bekanntzumachen und die entsprechenden Unterlagen öffentlich auszulegen sind.<sup>580</sup> Auf dieser Grundlage wird der Öffentlichkeit so-

<sup>575</sup> § 51 BImSchG.

<sup>576</sup> *F.-T. Hett*, Öffentlichkeitsbeteiligung bei atom- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1994, S. 82 unter Verweis auf BR-Drs. 526/76, S. 9; nach *H.-H. Trute*, Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 1989, S. 92f. ist diese Funktionszuschreibung herrschend.

<sup>577</sup> So etwa *G. Lübbe-Wolff*, ZG 6 (1991), S. 219 (246): „Kompensation für mangelnde inhaltliche Bestimmtheit“; auch *M. Schäfer*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Konkretisierung unbestimmter Sicherheitsstandards durch die Rezeption von Sachverstand, 1998, S. 131, 133 erörtert die beteiligten Kreise unter der Überschrift „Verfahrensrechtliche Kompensation“ (ebd., S. 129); vgl. auch *H. Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 139 (195).

<sup>578</sup> *E. Hofmann/H.-J. Koch*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 51 Rn. 15f.; *G. Lübbe-Wolff*, ZG 6 (1991), S. 219 (242ff.), bei der die kompensatorische Legitimationsfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung auch dadurch besonders deutlich wird, dass sie in ihr einen Ausgleich für die Nicht-Erfüllung der Wesentlichkeitslehre sieht. Zur Legitimationsfunktion der Anhörung der beteiligten Kreise auch *F. Shirvani*, Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht, 2005, S. 186; siehe auch *M. Kaltenborn*, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, 2007, S. 60.

<sup>579</sup> *E. Hofmann/H.-J. Koch*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 51 Rn. 2, 13f.; eingehend *H.-H. Trute*, Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 1989, S. 95ff.; siehe auch die Interpretation bei *M. Thiel*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 51 BImSchG Rn. 2 (Stand: 86. Erg.-Lfg. April 2018): „Kompensation für die intensivierte Regelung grundrechtsrelevanter Inhalte in den Handlungsformen der Rechtsverordnung und der Verwaltungsvorschriften“; verallgemeinernd auch *J. Burmeister*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 5 (1988), S. 121 (153, 155), der allerdings einen nach Sachkunde und Interessenrepräsentanz zusammengesetzten ständigen Ausschuss vor Augen hat.

<sup>580</sup> § 10 Abs. 3 S. 1, 2 BImSchG.

dann Gelegenheit gegeben, Einwendungen gegen das Vorhaben vorzutragen,<sup>581</sup> und den Einwendern kann in einem anschließenden Erörterungstermin die Möglichkeit eröffnet werden, ihre Einwendungen im Dialog mit der Genehmigungsbehörde zu erläutern.<sup>582</sup> Obwohl im Rahmen der Einzelentscheidung kein Beurteilungsspielraum der Genehmigungsbehörde besteht,<sup>583</sup> der kompensationsbedürftige Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle zur Folge haben könnte, begegnet der Kompensationsgedanke auch hier unter dem Gesichtspunkt vorgezogenen (Grund-)Rechtsschutzes durch Verfahren.<sup>584</sup> Ja, die Öffentlichkeitsbeteiligung im Genehmigungsverfahren wird gar ausdrücklich als „unverzichtbares Äquivalent [...] für den verkürzten Individualrechtsschutz durch die geringe Kontrolldichte gerichtlicher Überprüfungen“ gepriesen.<sup>585</sup> Und sogar als Garant „demokratischer Teilhabe“ wird die Vorstellung der Kompensation durch Verfahren zuweilen in den Blick genommen.<sup>586</sup> Indem die Öffentlichkeitsbeteiligung die Publizität des Genehmigungsverfahrens sicherstelle, den Teilnehmern „die Chance zur Artikulation ihrer Interessen“ eröffne und „eine öffentliche Kontrolle des Entscheidungsverfahrens“ ermögliche, leiste sie einen unverzichtbaren Ausgleich dafür, dass die von unbestimmten Rechtsbegriffen geprägten materiellen Entscheidungsvorgaben ein Demokratiedefizit provozierten.<sup>587</sup> Die Kompensationsansprüche der Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 10 BImSchG und der Anhörung der beteiligten Kreise decken sich insofern folglich. Die Frage, wie beide nebeneinander bestehen, ohne dass die Kompensationsleistung des einen die Kompensationslage des anderen entfallen lässt, drängt sich allerdings förmlich auf.

<sup>581</sup> § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG.

<sup>582</sup> § 10 Abs. 6 BImSchG. Ob ein Erörterungstermin durchgeführt wird, steht im Ermessen der Behörde, siehe *H.-D. Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 10 Rn. 97. Zur dialogischen Struktur des Erörterungstermins siehe *E. Hagenab*, *Prozeduraler Umweltschutz*, 1996, S. 130: Dem Ideal nach besitze der Erörterungstermin „diskursive[n] Charakter“.

<sup>583</sup> Siehe bereits oben § 3 IV 3 c) mit Nachweisen in Fn. 341.

<sup>584</sup> *F.-T. Hett*, *Öffentlichkeitsbeteiligung bei atom- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren*, 1994, S. 142ff., insbes. 151 f.; *A. Roßnagel/A. Hentschel*, in: *Führ* (Hrsg.), *GK-BImSchG*, 2. Aufl. 2019, § 10 Rn. 36ff., insbes. 45f. Das dem zugrundeliegende Missverständnis dürfte darin begründet liegen, dass – wie die Nachweise bei *Hett* und *Roßnagel/Hentschel* beispielhaft illustrieren – die Rechtsprechung zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren unkritisch auf die immissionsschutzrechtliche Konstellation übertragen wird. Dabei wird übersehen, dass der atomrechtlichen Genehmigungsbehörde – anders als der immissionsschutzrechtlichen – ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommt.

<sup>585</sup> *A. Roßnagel/A. Hentschel*, in: *Führ* (Hrsg.), *GK-BImSchG*, 2. Aufl. 2019, § 10 Rn. 45.

<sup>586</sup> *A. Roßnagel/A. Hentschel*, in: *Führ* (Hrsg.), *GK-BImSchG*, 2. Aufl. 2019, § 10 Rn. 29ff., Zitat bei Rn. 29.

<sup>587</sup> *A. Roßnagel/A. Hentschel*, in: *Führ* (Hrsg.), *GK-BImSchG*, 2. Aufl. 2019, § 10 Rn. 29ff., Zitate bei Rn. 33, 34; eingehend und kritisch *F.-T. Hett*, *Öffentlichkeitsbeteiligung bei atom- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren*, 1994, S. 128ff.; ablehnend auch *P. Schack*, in: *Giesberts/Reinhardt* (Hrsg.), *BeckOK Umweltrecht*, Stand: 67. Ed. 01.07.2023, § 10 BImSchG Rn. 2.



## (2) Gentechnikrecht

Geleitet von der Vorstellung einer „Kompensation durch Verfahren“ wird die Öffentlichkeitsbeteiligung gelegentlich auch im Gentechnikrecht als Form „gesellschaftlicher Kontrolle“ gedeutet, deren Zweck darin besteht, die „für Risikoentscheidungen typische Unterdeterminierung durch gesetzliche Vorgaben“ auszugleichen.<sup>588</sup> Dabei verfolgt das GenTG im Hinblick auf die Einbindung der Öffentlichkeit eine doppelte Strategie: Eine Form der Öffentlichkeitsbeteiligung mag man bereits darin erkennen, dass die ZKBS, deren Stellungnahme in einem jeden Genehmigungsverfahren einzuholen ist,<sup>589</sup> nicht nur mit Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern, sondern auch mit sachkundigen Personen u. a. aus dem Bereich der Wirtschaft sowie des Umwelt-, Natur- und Verbraucherschutzes besetzt ist.<sup>590</sup> Auch wenn der Gesetzeswortlaut darauf hindeutet, dass die Sachkunde dieser Personen im Vordergrund steht, so werden über deren Beteiligung doch auch die Interessen bestimmter gesellschaftlicher Bereiche im Verfahren repräsentiert.<sup>591</sup> Neben diese Repräsentation interessierter Öffentlichkeitssektoren tritt unter anderem für Freisetzungsgenehmigungen nach dem GenTG eine echte Populärbeteiligung, deren Ausgestaltung sich weitgehend am Vorbild des Immissionsschutzrechts orientiert.<sup>592</sup> Das Vorhaben ist öffentlich bekanntzumachen und Antrag und Unterlagen sind zur Einsicht auszulegen, um sodann Gelegenheit zur Erhebung von Einwendungen zu geben.<sup>593</sup> Einzig ein Erörterungstermin findet im Verfahren der Freisetzungsgenehmigung nicht statt.<sup>594</sup> In Anlehnung an die Ausführungen des BVerfG in dessen Mülheim-Kärlich-Entscheidung<sup>595</sup> erkennt das Schrifttum vor allem in dieser Populärbeteiligung eine Form des Grundrechtsschutzes durch Verfahren, auf

<sup>588</sup> Referierend *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 135.

<sup>589</sup> Siehe § 10 Abs. 7 GenTG sowie (für Freisetzungen und Inverkehrbringen) § 16 Abs. 5 GenTG.

<sup>590</sup> § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GenTG.

<sup>591</sup> *H.-G. Dederer*, Korporative Staatsgewalt, 2004, S. 80; *U. Di Fabio*, in: Eberbach/Lange/Ronellenfitsch (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Bd. 1, Stand: 63. Erg.-Lfg. Oktober 2008, § 4 GenTG Rn. 23 f., 28, 33; *P. Scholl*, Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, 2005, S. 161 in Fn. 105; vgl. auch *I. Appel*, NVwZ 2012, S. 1361 (1363): „Repräsentanten der verschiedenen gesellschaftlichen Gruppierungen“. Anders als die etwa aus dem Immissionsschutzrecht bekannte Anhörung der beteiligten Kreise bezieht die ZKBS die Betroffenen aber nicht ein; kritisch zu dieser engeren Besetzung der ZKBS *G. Winter*, Grundprobleme des Gentechnikrechts, 1993, S. 58 mit Fn. 208; *U. Riedel/M. Führ/B. Tappeser*, KJ 22 (1989), S. 349 (352 f.).

<sup>592</sup> Siehe § 18 Abs. 2 S. 1 GenTG. Nach § 18 Abs. 1 GenTG findet ein entsprechendes Anhörungsverfahren auch im Vorfeld der Entscheidung über die Errichtung und den Betrieb bestimmter gentechnischer Anlagen statt. Für Inverkehrbringensgenehmigungen ist eine solche Öffentlichkeitsbeteiligung hingegen nicht vorgesehen.

<sup>593</sup> Siehe dazu §§ 2 ff. GenTAnhV.

<sup>594</sup> § 11 GenTAnhV, anders aber für Anlagen- oder Inverkehrbringensgenehmigungen.

<sup>595</sup> BVerfGE 53, 30.

den aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verzichtet werden könne.<sup>596</sup> Während der Kompensationsgedanke auch diesen Stellungnahmen bereits (un- ausgesprochen) eingeschrieben ist,<sup>597</sup> wird er an anderer Stelle explizit gemacht: Die Öffentlichkeit müsse bei allen gentechnikrechtlichen Entscheidungen umfassend beteiligt werden, weil die Unbestimmtheit der materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen wesentliche Fragen unentschieden lasse und die sich hieraus ergebenden „Unsicherheiten in der Anwendung des materiellen Rechts durch prozedurale Rechte kompensiert werden“ müssten.<sup>598</sup> Was sich die entsprechenden Stimmen von einer solchen Kompensation konkret versprechen, bleibt indes diffus: Der Verweis auf prozeduralen Grundrechtsschutz deutet zwar auf die Vorstellung hin, die Öffentlichkeitsbeteiligung gleiche andernfalls bestehende Rechtsschutzdefizite und damit Schwächen der gesetzlichen Kontrollfunktion aus. Der zitierte Hinweis auf die Kompensation von Unsicherheiten in der Anwendung des materiellen Rechts<sup>599</sup> legt hingegen nahe, die Einbindung der Öffentlichkeit könne die angesichts offener materieller Vorgaben verminderte Orientierungsfunktion<sup>600</sup> des Gesetzes ausgleichen. Wenn schließlich betont wird, dass nur über eine umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung „sichergestellt werden [könne], daß Erkenntnisfortschritte [...], die in den Verordnungen und/oder allgemeinen Verwaltungsvorschriften (noch) nicht enthalten sind, im Genehmigungsverfahren berücksichtigt werden“,<sup>601</sup> scheint die Öffentlichkeitsbeteiligung auch der Wissensgenerierung zu dienen und auf diese Weise auszugleichen, dass das Gesetz seine Entlastungsfunktion<sup>602</sup> nur eingeschränkt erfüllt. Bemerkenswerterweise spielen Fragen der demokratischen Legitimation in der gentechnikrechtlichen Kompensationsdiskussion (so weit ersichtlich) keine prominente Rolle.<sup>603</sup>

<sup>596</sup> R. Lukes, DVBl. 1990, S. 273 (278); G. Winter, Grundprobleme des Gentechnikrechts, 1993, S. 58 f.; mit Einschränkungen auch R. Huth, Gentechnik und Umweltrechtskodifikation, 2001, S. 229 f.; anders aber G. Hirsch/A. Schmidt-Didczuhn, GenTG, 1991, § 18 Rn. 4.

<sup>597</sup> Vgl. zum Kompensationscharakter der Vorstellung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren nur D. Grimm, NVwZ 1985, S. 865 (866 f., 869 f.); A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 248 ff. Ausdrücklich erwähnt wird der Kompensationsgedanke in diesem Zusammenhang hingegen von R. Huth, Gentechnik und Umweltrechtskodifikation, 2001, S. 230.

<sup>598</sup> U. Riedel/M. Führ/B. Tappeser, KJ 22 (1989), S. 349 (356).

<sup>599</sup> U. Riedel/M. Führ/B. Tappeser, KJ 22 (1989), S. 349 (356).

<sup>600</sup> Zu dieser oben § 3 III 1 f).

<sup>601</sup> U. Riedel/M. Führ/B. Tappeser, KJ 22 (1989), S. 349 (356); in diese Richtung auch S. Pobl, Die Risikobewertung bei der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen, 2002, S. 225.

<sup>602</sup> Zu dieser oben § 3 III 1 c).

<sup>603</sup> Auch R. Huth, Gentechnik und Umweltrechtskodifikation, 2001, S. 231 ff., die den Gedanken der Legitimationskompensation für das Gentechnikrecht diskutiert (und verwirft), setzt sich insofern nur mit Stellungnahmen aus anderen Rechtsbereichen auseinander. Andeutungen in diese Richtung finden sich indes bei S. Pobl, Die Risikobewertung bei der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen, 2002, S. 227, 228 f. und G. Winter, Grundprobleme des Gentechnikrechts, 1993, S. 88.

## cc) Gesundheitsrecht

Fragt man schließlich auch im Gesundheitsrecht nach Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung, so bietet das hier untersuchte Verfahren der Bewilligung krankenversicherungsrechtlicher Behandlungsleistungen gleich mehrere Ansatzpunkte. Die abschließende Leistungskonkretisierung und -bewilligung trifft die behandelnde Vertragsärztin oder der behandelnde Vertragsarzt zwar, ohne dass auf dieser Ebene Betroffene, Interessierte oder gar die allgemeine Öffentlichkeit eingebunden werden müssten. Schließt man die vorgelagerte Normkonkretisierung in die Betrachtung ein, so stellt sich das hingegen anders dar. Schon die Einbindung des GBA, den das SGB V mit der Aufgabe versieht, Behandlungsanspruch und Leistungserbringungspflicht durch Richtlinien mit verbindlichen Inhalten zu füllen, lässt sich als Form der Öffentlichkeitsbeteiligung begreifen. Angesichts seiner Zusammensetzung aus Vertretern, die von den kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen benannt werden,<sup>604</sup> soll dessen Entscheidungszuständigkeit gewährleisten, dass die von der Bestimmung des Leistungsinhalts sachnah Betroffenen im Verfahren repräsentiert werden.<sup>605</sup> Die eigenständigen Beschlusskompetenzen des GBA verleihen der Öffentlichkeitsbeteiligung dabei eine Intensität, die über diejenige einer bloßen Anhörung weit hinausreichen. Hinzukommt, dass § 92 SGB V dies um bereichsspezifische Beteiligungsvorgaben ergänzt, die im Vorfeld eines Richtlinienbeschlusses den zur Interessenwahrnehmung gebildeten (Spitzen-)Organisationen derjenigen Leistungserbringer ein Recht zur Stellungnahme einräumen, die von den zu beschließenden Richtlinien betroffen sind.<sup>606</sup> Sofern Richtlinien über die Zulassung von Arzneimitteln oder neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden bestimmte pharmazeutische Unternehmen und Medizinproduktehersteller konkret betreffen, sind schließlich auch diese anzuhören.<sup>607</sup>

<sup>604</sup> § 91 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB V.

<sup>605</sup> S. Seeringer, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, 2006, S. 199 zieht insofern eine Parallele zu den aus dem Umweltrecht bekannten „beteiligten Kreisen“. Vielfach als prekär erachtet wird indes die Repräsentation der Versicherten. Sie werden im Beschlussgremium des GBA allenfalls durch die Vertreter der Krankenkassen vertreten, die ihrerseits lediglich über eine vielfach gebrochene und mehrfach gestufte Legitimationskette mit den Versicherten in Verbindung stehen, dazu R. Schmidt-De Caluwe, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 92 Rn. 11 sowie statt vieler J. Castendiek, NZS 2001, S. 71 (72 ff.); A. Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001, S. 494 f.; T. Kingreen, NJW 2006, S. 877 (880); ders., JöR 67 (2019), S. 139 (156 ff.); A. Klafki/K. Loer, VerwArch 108 (2017), S. 343 (357 ff.); M. Plantholz, Funktionelle Selbstverwaltung des Gesundheitswesens im Spiegel der Verfassung, 1998, S. 235 f.

<sup>606</sup> Siehe die umfangreichen Vorgaben in § 92 Abs. 1a S. 6, Abs. 1b, Abs. 3a S. 1, Abs. 5 S. 1, Abs. 6 S. 2, Abs. 7 S. 2, Abs. 7a, Abs. 7b, Abs. 7c, Abs. 7d S. 1, Abs. 7g SGB V sowie Kap. 1 § 11 Abs. 2 VerfO GBA.

<sup>607</sup> § 92 Abs. 3a S. 1, Abs. 7d S. 1 SGB V.

Zwar binden die entsprechenden Stellungnahmen den GBA nicht, doch hat er sie in seine Entscheidung einzubeziehen.<sup>608</sup>

Explizite Erwähnung findet der Kompensationsgedanke in der wissenschaftlichen Diskussion dieser Beteiligungs- bzw. Entscheidungsstrukturen vor allem in der nicht enden wollenden Auseinandersetzung mit der Legitimation des GBA.<sup>609</sup> Das Defizit demokratischer Legitimation, das entstehe, weil der GBA trotz eigenständiger Rechtsetzungskompetenzen nicht in die hierarchisch aufgebaute Staatsverwaltung eingegliedert sei, werde, so wird zuweilen angenommen, (zumindest teilweise) dadurch kompensiert, dass die Betroffenen über ihre Repräsentation im GBA selbst an der Entscheidung partizipierten und diese so selbst verantworteten. An die Stelle der demokratischen trete folglich die mitgliedschaftlich-partizipative bzw. autonome Legitimation.<sup>610</sup> In dieser Deutung findet das ausgeglichene Legitimationsdefizit seinen Ursprung allerdings nicht in der Offenheit der materiell-rechtlichen Vorgaben, sondern stattdessen in der fehlenden Einbindung des GBA in die Strukturen der staatlichen Fachaufsicht.<sup>611</sup> Sein Kompensationsversprechen erfüllt das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung hier folglich in Reaktion auf Schwächen des Organisationsrechts, nicht um Defiziten der materiell-gesetzlichen Entscheidungsdirektiven entgegenzuwirken.

Die ergänzenden Anhörungserfordernisse des § 92 SGB V werden vereinzelt ebenfalls als Ausdruck einer „vom Demokratieprinzip geforderten Beteiligung“ der Betroffenen gedeutet.<sup>612</sup> Zuweilen werden sie stattdessen aber auch auf das Erfordernis prozeduralen Grundrechtsschutzes zurückgeführt.<sup>613</sup> Der Gesetz-

<sup>608</sup> Siehe § 92 Abs. 1a S. 6 2. Hs., Abs. 1b 2. Hs., Abs. 3a S. 2, Abs. 5 S. 1 2. Hs., Abs. 6 S. 2 2. Hs., Abs. 7 S. 2 2. Hs., Abs. 7a 2. Hs., Abs. 7b S. 2, Abs. 7c 2. Hs., Abs. 7d S. 3, Abs. 7g 2. Hs. SGB V.

<sup>609</sup> Siehe zu dieser etwa *H. Butzer/M. Kaltenborn*, MedR 2001, S. 333; *H. M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 493 ff.; *T. Kingreen*, NJW 2006, S. 877 (879 f.); *ders.*, NZS 2007, 113 (115 ff.); *W. Kluth*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, 2015, S. 61 ff.; *S. Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, 2006, S. 149 ff.; *C. Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012, S. 107 ff.; jew. m. w. Nachw.

<sup>610</sup> So *G. Britz*, VerwArch 91 (2000), S. 418 (431); *D. Roters*, Die gebotene Kontrolldichte bei der gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, 2003, S. 81 ff.; im Grundsatz zustimmend *S. Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, 2006, S. 204; siehe auch *T. Kingreen*, NZS 2007, S. 113 (115 ff.) und *H. Sodan/B. Hadank*, NZS 2018, S. 804 (805 ff.), die eine entsprechende Kompensation prinzipiell ebenfalls für möglich halten, ihre Voraussetzungen im Fall des GBA aber nicht als erfüllt ansehen. Die Bedeutung der „Betroffenen-Partizipation“ betont im Zusammenhang mit den Normsetzungskompetenzen des GBA auch BSGE 78, 70 (80). Grundlegend zur „autonomen Legitimation“ als kompensatorischer Legitimationsmodus der (funktionalen) Selbstverwaltung *E. T. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 386 ff.; ferner *A. Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001, S. 149 ff.

<sup>611</sup> Siehe dazu bereits oben § 3 IV 4 a) ee) (3).

<sup>612</sup> *P. Axer*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 62.

<sup>613</sup> *R. Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 91 Rn. 33

geber scheint deren Einführung hingegen vor allem mit der Absicht verbunden zu haben, die Sachkenntnis der beteiligten berufsständischen Vertretungen und betroffenen Leistungserbringer über deren Stellungnahmen für die Entscheidung nutzbar zu machen.<sup>614</sup> Der Kompensationsgedanke wird (soweit ersichtlich) allerdings in keiner dieser drei Deutungen explizit bemüht. Da die angesprochenen Aspekte der Legitimation, des Rechtsschutzes und der Wissensgenerierung jedoch eindeutig auf Funktionen verweisen, deren Erfüllung (zumindest auch) dem materiellen Gesetzesrecht zugedacht ist,<sup>615</sup> schwingt der Kompensationsgedanke hier zumindest mit. Obwohl etwa die dem GBA zuerkannten Beurteilungsspielräume<sup>616</sup> eine parallele Diskussion wie im Regulierungs- oder Immissionsschutzrecht erwarten lassen könnten, wird der Gedanke der Kompensation durch Verfahren hier bislang nicht stark gemacht.

*dd) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Öffentlichkeitsbeteiligung*

Die vor allem im allgemeinen Schrifttum verbreitete These, das Verwaltungsrecht binde die Öffentlichkeit auch deshalb in seine Verfahren ein, weil es materiell-rechtliche Defizite auszugleichen versuche, findet sich im Lichte dieser Überlegungen bestätigt. Allerdings wäre es verkürzend, anzunehmen, Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung reagierten lediglich auf Rechtsschutz- und Legitimationsdefizite. Zwar wird die Einbindung der Öffentlichkeit auch als Remedur dafür gedeutet, dass die inhaltlichen Gesetzesdirektiven angesichts ihrer Offenheit die ihnen zugedachte Legitimationsfunktion nicht erschöpfend erfüllen, die im Hinblick auf den Grundrechtsschutz von ihnen erwartete Abgrenzung konkurrierender Freiheitssphären (Begrenzungsfunktion) nicht abschließend vornehmen und infolgedessen auch den Gerichten keinen klaren Rechtsschutzmaßstab zur Verfügung stellen (Kontrollfunktion). Doch belegt das vorstehende Panorama, dass sich mit der (repräsentativen) Einbindung von Betroffenen oder lediglich Interessierten darüber hinaus nicht selten die Hoffnung verbindet, die zurückgenommene Orientierungsfunktion offen formulierter Gesetznormen zu kompensieren und durch die Verfügbarmachung von Informations- und Wissensbeständen der Betroffenen auch dafür Ausgleich

---

für § 92 Abs. 5 SGB V; andeutungsweise ebenso *P. Axer*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 62; anders hingegen offenbar *D. Roters*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 91 SGB V Rn. 19a (Stand: 112. Erg.-Lfg. Dezember 2020): Stellungnahmeverfahren „ähnelt [...] parlamentarischen Anhörungen zu Gesetzesvorhaben und ist keine Anhörung im Sinne des VerwVerfRechts“.

<sup>614</sup> BT-Drs. 13/7264, S. 64f.; ebenso LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.02.2008 – L 7 B 112/07 KA ER –, juris, Rn. 23.

<sup>615</sup> Zur entsprechenden Legitimations-, Entlastungs- und Kontrollfunktion des Gesetzes bereits oben § 3 III 1 b), c), e).

<sup>616</sup> Zu diesen bereits oben § 3 IV 3 d).

zu leisten, dass die materiell-gesetzlichen Vorgaben ihre Entlastungsfunktion nur eingeschränkt erfüllen.

Auf welche spezifische Weise die Öffentlichkeitsbeteiligung all diese Ausgleichsfunktionen zu erfüllen verspricht, lässt sich angesichts der Vielzahl unterschiedlicher Verfahrensarrangements nur schwer bestimmen. Hilfreich erscheint es insofern, zwei Fragen auseinanderzuhalten: diejenige nach der Form der Beteiligung und diejenige nach dem Kreis der Beteiligten. So fällt im Hinblick auf die Form der Öffentlichkeitseinbindung auf, dass sich diese jedenfalls dort, wo Wissensgenerierung und Rechtsschutz im Fokus stehen, auf das Recht beschränkt, durch Stellungnahmen auf die Entscheidungsfindung einzuwirken. Sofern Legitimationsfragen im Vordergrund stehen, geht die Beteiligung ebenfalls nur vereinzelt (namentlich im Gesundheitsrecht) über Anhörungserfordernisse und Stellungnahmerechte hinaus. Wo Öffentlichkeitsbeteiligung die reduzierte Orientierungsfunktion des Gesetzes auszugleichen verspricht, bedient sich das Verwaltungsrecht hingegen stärker dialogischer Elemente, wie insbesondere der mündlichen Anhörung im Telekommunikationsregulierungsrecht.

Im Hinblick auf die Frage, wer zur beteiligenden Öffentlichkeit gehört, haben sich ähnlich klare Linien bislang nicht herausgebildet. Nur wenige Tendenzaussagen lassen sich insofern treffen: Steht die Wissensgenerierung im Vordergrund, so bezieht das Verwaltungsverfahren regelmäßig die allgemeine Öffentlichkeit ein. Um Legitimations- oder Rechtsschutzdefizite auszugleichen, hält es indes zuweilen die Einbindung ausgewählter Vertreter gesellschaftlicher Bereiche – wie etwa im Rahmen der beteiligten Kreise im Umweltrecht oder den berufsständischen Spitzenorganisationen im Gesundheitsrecht – für ausreichend. Doch werden diese insbesondere im Umweltrecht durch Beteiligungsverfahren zugunsten der allgemeinen Öffentlichkeit ergänzt.

*e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten*

Führt man all das zusammen, so ist leicht zu erkennen: Die Frage, auf welche genaue Weise partizipative Verfahren zur prozeduralen Kompensation welcher genauen Defizitlagen beitragen sollen, ist zu pauschal gestellt, um eine sinnvolle Antwort zu erlauben. Denn die unterschiedlichen partizipativen Elemente, die das Verwaltungsverfahrensrecht in den untersuchten Teilgebieten kennt, folgen ihrer je eigenen Kompensationslogik. Während die Einbindung von öffentlichen Aufsichtsstellen, wie etwa Richtern, Datenschutzbeauftragten oder Parlamenten, fast ausschließlich im Polizei- und Sicherheitsrecht begegnet und dort ausgleichen soll, dass das materielle Recht behördliche Entscheidungen erlaubt, von denen die Betroffenen nicht rechtzeitig erfahren, um gerichtlichen Rechtsschutz einholen zu können, wird der Verfahrensbeteiligung entscheidungsbetroffener Behörden eine Ausgleichswirkung dafür zugesprochen, dass

die eingebundene Behörde aufgrund gesetzlich angeordneter Konzentrationswirkungen Sachentscheidungskompetenzen einbüßt, die eigentlich ihr selbst zustünden. Die Einbindung von Expertengremien und sachverständigen Stellen verspricht hingegen auszugleichen, dass das materielle Recht seine Entlastungsfunktion nicht hinreichend erfüllt, weil es die Aufgabe, das entscheidungsrelevante Wissen zu generieren, durch offene Tatbestandsformulierungen auf die Ebene der Rechtsanwendung verlagert. Und Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung beanspruchen anders als zuweilen angenommen, nicht nur Einschränkungen der Kontroll- und Legitimationsfunktion, sondern je nach Ausgestaltung auch solche der Begrenzung-, Orientierungs- und Entlastungsfunktion des materiellen Rechts auszugleichen. Für partizipative Verfahrenselemente führt angesichts dessen an einem differenzierten Blick auf den Kompensationsgedanken kein Weg vorbei.

### 5. Dokumentations- und Begründungspflichten

In einer Kompilation kompensatorischer Verfahrenspflichten ebenfalls nicht fehlen dürfen Dokumentations- und Begründungspflichten. Während Dokumentationspflichten dadurch gekennzeichnet sind, dass sie der Behörde aufgeben, die maßgeblichen Schritte der Entscheidungsfindung, also des – inneren wie äußeren<sup>617</sup> – Entscheidungsverfahrens, aufzuzeichnen und die Entscheidungsgrundlagen damit nachvollziehbar festzuhalten, verlangen Begründungspflichten, dass die Verwaltung das Endprodukt des Verfahrens, die Entscheidung selbst, erläutert, indem sie die Gründe für diese angibt.<sup>618</sup> In zeitlicher Hinsicht folgt hieraus, dass Dokumentationspflichten anders als Begründungspflichten nicht erst mit bzw. nach Abschluss des Verfahrens greifen, sondern nur durch laufend fortzuschreibende, verfahrensbegleitende Aufzeichnungen erfüllt werden können.<sup>619</sup> Unterschiede zwischen Dokumentations- und Begründungspflichten ergeben sich auch insofern, als Entscheidungsbegründungen typischerweise darauf angelegt sind, gemeinsam mit der Entscheidung bekanntgegeben und somit nach außen kommuniziert zu werden.<sup>620</sup> Verfahrensdokumentationen verbleiben hingegen regelmäßig im internen Bereich der

<sup>617</sup> Zu dieser Unterscheidung oben § 2 I 2.

<sup>618</sup> Zum Begriff der Begründung nur *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 1 m. w. Nachw.; *K.-A. Schwarz/C. Bravidor*, JZ 2011, S. 653 (653); *C. Waldhoff*, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 325 (325f.); vgl. zur Mehrdeutigkeit des Begriffs „Grund“ auch *P. Hilbert/J. Rauber*, in: dies. (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht? 2019, S. 1 (12ff.).

<sup>619</sup> *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 244 f., 592 f.; aus umgekehrter Perspektive spricht *H. Kaelble*, Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, 2008, S. 173 in Bezug auf Begründungspflichten denn auch von „Ex-post-Dokumentationspflichten“.

<sup>620</sup> Ausnahmen hiervon ergeben sich insbesondere mit Hinblick auf die im Polizeirecht bekannten Begründungspflichten für verdeckte Eingriffsmaßnahmen, siehe dazu noch unten § 3 IV 5 b).

Verwaltung. Wenn Dokumentations- und Begründungspflichten trotz dieser Differenzen in einem Atemzug genannt werden, so findet das seinen guten Grund darin, dass auch die mit Begründungserfordernissen verbundene Angabe der „wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe“ sowie der „Gesichtspunkte [...], von denen die Behörde [...] ausgegangen ist“<sup>621</sup>, bestimmte Entscheidungsgrundlagen transparent und dauerhaft zugänglich macht, sie eben dokumentiert.<sup>622</sup> Wenig erstaunlich überschneiden sich denn auch die Funktionen, die Dokumentations- und Begründungspflichten zugeschrieben werden:<sup>623</sup> Beide zielen auf eine Selbstkontrolle der Verwaltung, die Entscheidungen rationalisieren und von sachwidrigen Einflüssen befreien soll, indem sie die Entscheidungsträger dazu zwingt, sich die ermittelten Tatsachen und zu berücksichtigenden Belange präsent zu halten oder im Lichte der gesetzlichen Anforderungen (erneut) vor Augen zu führen;<sup>624</sup> und beide beanspruchen, die Fremdkontrolle durch Aufsichtsbehörden und Gerichte<sup>625</sup> zu erleichtern oder überhaupt erst zu ermöglichen,<sup>626</sup> indem sie Tatsachengrundlagen erschließen, die sich im Kontrollverfahren nur schwer reproduzieren lassen, und indem sie Aufschluss über Ermessensausübung und Abwägungsvorgänge geben, deren Rechtmäßigkeit sich nicht im Finden des „richtigen“ Ergebnisses erschöpft.<sup>627</sup>

Die These, dass Dokumentations- und Begründungspflichten auch eine Kompensationsfunktion erfüllen, begegnet erwartungsgemäß vor allem dort, wo die Verwaltung in Ermangelung eindeutiger gesetzlicher Ergebnisvorgaben über (gerichtlich nur begrenzt kontrollierbare) Entscheidungsspielräume ver-

<sup>621</sup> Siehe § 39 Abs. 1 S. 2, 3 VwVfG.

<sup>622</sup> U. Kischel, Die Begründung, 2003, S. 45, 48; J. Lücke, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 91 f.; T. Müller-Ibold, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S. 17 f.

<sup>623</sup> F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 592.

<sup>624</sup> In diesem Sinne im beamtenrechtlichen Kontext etwa ausdrücklich BVerfG, NVwZ 2007, S. 1178 (1179).

<sup>625</sup> Für Dokumentationen oder Begründungen, die veröffentlicht werden, ist insofern auch die Fremdkontrolle durch die Öffentlichkeit von Bedeutung, siehe etwa B. Bredemeier, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 213, 348; M. Kaltenborn, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, 2007, S. 39; U. Kischel, Die Begründung, 2003, S. 58.

<sup>626</sup> Siehe ausführlich zu den (auch über die genannten Aspekte hinausreichenden) Funktionen von Begründungserfordernissen u. a. B. Bredemeier, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 213; R. Dolzer, DÖV 1985, S. 9 (10); U. Kischel, Die Begründung, 2003, S. 39 ff.; C. Koenig, AöR 117 (1992), S. 513 (519 f.); T. Müller-Ibold, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S. 12 ff.; J. Saurer, VerwArch 100 (2009), S. 364 (367, 382 f.); die Funktionen öffentlich-rechtlicher Dokumentationspflichten werden im Gegensatz hierzu bislang kaum beleuchtet, siehe zu den hier angesprochenen Aspekten knapp F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 244, 302 f., 592; in der privatrechtlichen Diskussion finden sich einige der hier genannten Aspekte aber ebenfalls wieder, siehe K. Nuber, Dokumentationspflichten im Privatrecht, 2019, S. 125 ff., zu den im Text angeführten Funktionen insbes. S. 130 f.

<sup>627</sup> Allgemein dazu J. Froese, Rechtstheorie 46 (2015), S. 481 (496 ff.).



fügt.<sup>628</sup> In der Dogmatik des Verwaltungsverfahrensrechts findet sie in der verbreiteten Annahme Ausdruck, dass die Begründung eines Verwaltungsakts umso strengeren Anforderungen unterliegt, je weiter die Ermessens- oder Beurteilungsspielräume der Behörde reichen und je stärker die Einschränkungen sind, die sich in der Folge für die gerichtliche Kontrolle ergeben.<sup>629</sup> Die dem zugrundeliegende Überzeugung lautet: Je schwächer die materiell-rechtliche Steuerung der Verwaltung, desto größer das Bedürfnis nach einer Begründung.<sup>630</sup> Der Schlüssel zu einer genaueren Beschreibung der Kompensationsfunktion von Dokumentations- und Begründungserfordernissen dürfte vor diesem Hintergrund in der Antwort auf die Fragen liegen, worin genau dieses

<sup>628</sup> Erwähnt wird die Kompensationsfunktion etwa bei *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 173 f.; *M. Böhm*, Der Normmensch, 1996, S. 13; *dies.*, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 193 (195); *B. Bredemeier*, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 205; *M. Schuler-Harms*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 39 VwVfG Rn. 67 (Stand: 2. Erg.-Lfg. April 2022): „prozedurales Korrektiv“ für behördlichen Handlungsspielraum; *R. Steinberg*, in: ders. (Hrsg.), Reform des Atomrechts, 1994, S. 82 (94 ff., insbes. 97 f.); *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 584, 594; vgl. (mit kritischer Beurteilung) ferner *R. Dolzer*, DÖV 1985, S. 9 (20): „Instrument zur Kompensation von jenen Mängeln, welche sich aus der Sicht des Bürgers aus dem Fehlen präziser Vorgaben des Gesetzgebers an die Verwaltung ergeben“; siehe aus der Rechtsprechung auch BVerwG, NJW 1996, S. 2670 (2671); zum entsprechenden Zusammenhang im US-amerikanischen Verwaltungsrecht *J. Saurer*, VerwArch 100 (2009), S. 364 (385 f.). Fest etabliert ist diese Kompensationsfunktion des Begründungserfordernisses auch im Unionsrecht, siehe dazu insbes. *C. Calliess*, in: Festschrift für V. Götz, 2005, S. 239 (240, 256 und öfter) sowie ferner *M. Eekhoff*, Die Verbundaufsicht, 2006, S. 250; *T. Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S. 100; *G. Ollinger*, Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilferecht, 2019, S. 403; *J. Saurer*, VerwArch 100 (2009), S. 364 (375). Im Kontext der Erstellung technischer Regelwerke durch Sachverständige sehen *F. Nicklisch*, NJW 1983, S. 841 (847 f.) und *M. Schwab*, Rechtsfragen der Politikberatung im Spannungsfeld zwischen Wissenschaftsfreiheit und Unternehmensschutz, 1999, S. 585 die Kompensationsfunktion von Dokumentations- und Begründungsanforderungen darin, dass diese einen Ausgleich dafür schaffen, dass ein Gespräch zwischen Verfahrensbeteiligten und Sachverständigen nicht stattfindet.

<sup>629</sup> Diese Annahme etwa bei *C. Koenig*, AöR 117 (1992), S. 513 (538); *E. Lohse*, in: Kahl/Ludwigs, HVwR IV, 2022, § 111 Rn. 29, 50; *T. Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S. 214 ff., 216 f. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; *S. Schwab*, DÖD 1994, S. 80 (81); siehe auch *S. Dreyer*, Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz, 2018, S. 176; *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 224 spricht insofern von einem „weithin anerkannte[n] Satz“; für das Unionsrecht entsprechend u. a. *K.-D. Classen*, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, 2008, S. 328; *U. Gassner*, DVBl. 1995, S. 16 (21); zurückhaltend und vermittelnd *R. Dolzer*, DÖV 1985, S. 9 (14 ff.); ausdrücklich von einer Kompensation spricht insofern *B. Bredemeier*, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 205; siehe auch *M. Schuler-Harms*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 39 VwVfG Rn. 67 (Stand: 2. Erg.-Lfg. April 2022).

<sup>630</sup> Prägnant dazu *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 40 f., 224; vgl. auch *M. Schuler-Harms*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 39 VwVfG Rn. 13 (Stand: 2. Erg.-Lfg. April 2022).

Bedürfnis besteht und was Verfahrensdokumentationen und Entscheidungsbe-  
gründungen zu dessen Erfüllung beizutragen versprechen.

Immer wieder hervorgehoben wird insofern die kompensatorische Recht-  
schutzfunktion von Dokumentations- und Begründungspflichten. Sie besitzt  
bei genauer Betrachtung sogar zwei Dimensionen, was im Lichte der oben skiz-  
zierten Gesetzesfunktionen<sup>631</sup> besonders deutlich hervortritt. Auf die Ein-  
schränkungen, die sich durch Ermessens- und Beurteilungsspielräume für den  
(gerichtlichen) Rechtsschutz ergeben, reagieren Dokumentations- und Begrün-  
dungspflichten *erstens* dadurch, dass sie die Verfahrensschritte und Entschei-  
dungsgrundlagen dokumentieren, auf deren Überprüfung die gerichtliche Kon-  
trolle in Fällen administrativer Letztentscheidungsbefugnisse ausweicht. Sofern  
die Gerichte ihr Prüfprogramm in diesen Fällen – wie oben bereits gezeigt – auf  
eine nachvollziehende prozedurale Entscheidungskontrolle umstellen, die sich  
allein dafür interessiert, ob die maßgeblichen Verfahrensbestimmungen einge-  
halten und alle relevanten Tatsachen zutreffend und vollständig ermittelt sowie  
unter Beachtung anerkannter Bewertungsmaßstäbe zutreffend gewichtet wur-  
den,<sup>632</sup> so muss – soll die Kontrolle nicht leerlaufen – eben dies nachvollziehbar  
festgehalten werden. Nicht dokumentierte Ermittlungsmaßnahmen und -er-  
gebnisse können nicht auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit überprüft, nicht  
mitgeteilte oder aufgezeichnete Bewertungsmaßstäbe nicht auf ihre Anerken-  
nung und Anwendung befragt werden.<sup>633</sup> Bemerkenswerterweise zeigt diese  
Überlegung, dass Dokumentations- und Begründungspflichten – trotz des be-  
haupteten Kompensationsanspruchs – insofern gerade kein Selbststand zu-  
kommt. Stattdessen sind sie untrennbar mit den skizzierten Ermittlungs- und  
Bewertungspflichten sowie den übrigen Verfahrensvorgaben verbunden, deren  
Einhaltung sie kontrollierbar machen sollen. Gemeinsam mit diesen bemühen  
sie sich folglich um einen Ausgleich dafür, dass die materiellen Gesetzesvorga-  
ben ihre Kontrollfunktion (d.h. ihre Aufgabe, Maßstäbe für eine gerichtliche  
Kontrolle bereitzustellen) in Fällen administrativer Letztentscheidungsbefug-  
nisse nur eingeschränkt erfüllen.

Ein Ausgleich des eingeschränkten gerichtlichen Rechtsschutzes wird Doku-  
mentations- und Begründungsfunktionen *zweitens* aber auch deshalb zuge-  
traut, weil die durch sie erzwungene Selbstkontrolle der Verwaltung dazu bei-

<sup>631</sup> Oben § 3 III.

<sup>632</sup> Oben § 3 IV 3 m. Nachw.

<sup>633</sup> Insofern deutlich *S. Dreyer*, Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz, 2018, S. 176; siehe auch *B. Bredemeier*, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 289; in diese Richtung auch *M. Schuler-Harms*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 39 VwVfG Rn. 67 (Stand: 2. Erg.-Lfg. April 2022); vgl. auch *T. Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S. 214, der mit Blick auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung feststellt, dass „die Kontrolle von Ermessensentscheidungen weitgehend die Kontrolle der Begründung“ bedeute.

trage, eine vollständige und angemessene Berücksichtigung aller maßgeblichen Belange sicherzustellen.<sup>634</sup> Gerade dort, wo die externe Rechtskontrolle an Grenzen stoße, komme Verfahrensdokumentation und „Entscheidungsbegründung [damit] ein eigener, qualitativ anderer Rechtswahrungsauftrag zu“.<sup>635</sup> Eigenständig zu erfüllen vermögen sie diesen Auftrag indes nicht, weil weder Dokumentations- noch Begründungspflichten die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte selbst in das Verfahren einführen. Auch in dieser zweiten Dimension entfalten sie ihre (Rechtsschutz-)Funktion folglich erst im Zusammenspiel mit all den Verfahrensschritten, die der Behörde die maßgeblichen Interessen und Belange zur Kenntnis bringen. In gewissermaßen dienender Funktion sichern Dokumentations- und Begründungspflichten demnach ab, dass die Ergebnisse von Amtsermittlung, Öffentlichkeitsbeteiligung und Sachverständigenanhörungen in die Entscheidungsfindung einfließen. Insbesondere insofern sie dadurch eine angemessene, d. h. rechtswahrende Berücksichtigung aller entscheidungsrelevanten Belange gewährleisten, kompensieren sie folglich, dass die materiellen Gesetzesdirektiven die kollidierenden Freiheitssphären keinem abschließenden Ausgleich zuführen und insofern ihrer Be- bzw. Abgrenzungsfunktion<sup>636</sup> nicht vollständig nachkommen.

Mit dieser Rechtswahrungsfunktion beinahe untrennbar verbunden ist *drittens* die verbreitete Hoffnung, der Selbstkontrolleffekt von Begründungs-, aber auch von Dokumentationspflichten, begegne zugleich der Gefahr, dass die Behörde die ihr zustehenden Entscheidungsspielräume für willkürliche Entscheidungen missbrauche. Mit dem zugeschriebenen Anspruch, Entscheidungs rationalität zu gewährleisten, wird Dokumentations- und Begründungserfordernissen zugleich das Versprechen abgenommen, sachwidriges Behördenhandeln auszuschließen und damit der eingeschränkten Gleichheitsfunktion offener materiell-rechtlicher Gesetzesbestimmungen entgegenzuwirken, deren letztverbindliche Konkretisierung der Verwaltung überlassen ist.<sup>637</sup>

<sup>634</sup> Siehe etwa *J. Saurer*, *VerwArch* 100 (2009), S. 364 (386): „faire Berücksichtigung divergierender Interessen“; ferner *BVerfG*, *NVwZ* 2007, S. 1178 (1179): „stellt nur die schriftliche Dokumentation der Auswählerwägungen sicher, dass die Bewertungsgrundlagen der entscheidenden Stelle vollständig zur Kenntnis gelangt sind“; in der Sache ebenso *F. Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, 2010, S. 584, der sich von der Begründungspflicht angesichts der durch sie institutionalisierten Selbstkontrolle der Verwaltung eine materiell-rechtlich richtige und (sach-)gerechte Entscheidung erwartet. *B. Bredemeier*, *Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2007, S. 316 spricht insofern von einer „Präventivfunktion“, weil die Begründung auf diesem Wege (grund-)rechtswidrigen Entscheidungen vorbeuge. Vgl. auch *U. Kischel*, *Die Begründung*, 2003, S. 13 f., 43.

<sup>635</sup> *S. Schwab*, *DÖD* 1994, S. 80 (81); ähnlich *B. Bredemeier*, *Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2007, S. 348 f.: klassisch zum eigenständigen Rechtswahrungsauftrag des Verwaltungsverfahrens *R. Wahl*, *VVDStRL* 41 (1983), S. 151 (161 f.), zum Kompensationsaspekt ebd., S. 158 f.

<sup>636</sup> Zu dieser oben § 3 III 1 d).

<sup>637</sup> Zu dieser Rationalitäts- bzw. Gleichheitsfunktion etwa *K. Quack*, in: *Festschrift für W. Oppenhoff*, 1985, S. 291 (293); *M. Schuler-Harms*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *Verwal-*

Das verstärkte Bedürfnis nach einer Begründung rührt in Fällen administrativer Entscheidungsspielräume *viertens* daher, dass es gerade für Entscheidungen, die nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegen, für erforderlich gehalten wird, „durch Begründungen eine demokratische Willens- und Meinungsbildung des Bürgers zu ermöglichen“. <sup>638</sup> Insofern Entscheidungs begründungen auch eine Kontrolle der Verwaltung durch die Öffentlichkeit ermöglichen, <sup>639</sup> wird ihnen damit folglich auch im Hinblick auf die eingeschränkte Legitimationsfunktion des materiellen Gesetzesrecht eine Kompensationsfunktion zudedacht. <sup>640</sup> Angesichts der fehlenden Publizität rein interner Verfahrensdokumentationen, findet dieser Gedanke indes allein auf Begründungspflichten Anwendung. <sup>641</sup>

Ebenfalls auf Begründungserfordernisse beschränkt bleibt schließlich *fünftens* die Erwägung, dass Begründungen in Bereichen administrativer Entscheidungsspielräume dem Interesse der Adressaten entsprechen, verlässliche Erwartungen über die künftige Entscheidungspraxis der Behörde ausbilden zu können. In Entscheidungsbegründungen legt die Behörde ihre Haltung zu bestimmten Fragen offen und ermöglicht es den Adressaten damit, sich auf die entsprechende Praxis einzustellen und ihr Verhalten daran auszurichten. <sup>642</sup> Auch die mangelnde Orientierungsleistung offener Gesetzesbestimmungen beanspruchen Begründungserfordernisse folglich auszugleichen.

Entsprechend dieser Überlegungen werden Dokumentations- und Begründungspflichten nicht nur in den hier untersuchten Bereichen des Wirtschaftsverwaltungs- (dazu lit. a) und Polizeirechts (dazu lit. b), sondern auch in denjenigen des Umweltverwaltungs- (dazu lit. c) und Gesundheitsrechts (dazu lit. d) mit den Aspekten von Rechtsschutz, Gleichheit, Legitimation und Orientierung in Verbindung gebracht. Anders als in Untersuchungen, die sich in allge-

---

tungsrecht § 39 VwVfG Rn. 67 (Stand: 2. Erg.-Lfg. April 2022); *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 584; siehe auch *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 13f. sowie S. 45: Begründung kann „die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung fördern“.

<sup>638</sup> *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 224.

<sup>639</sup> Dazu *B. Bredemeier*, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 213, 348; *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 58; *J. Saurer*, VerwArch 100 (2009), S. 364 (367); zur Ermöglichung parlamentarischer Kontrolle auch *T. Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S. 23f.

<sup>640</sup> Vgl. für das US-amerikanische Verwaltungsrecht *J. Saurer*, VerwArch 100 (2009), S. 364 (385): „Ausgleich des Legitimationsverlusts“; knapp, aber ähnlich *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 584: Begründung einer Entscheidung vermag „ihre Legitimation zu befördern“; kritisch *R. Dolzer*, DÖV 1985, S. 9 (20).

<sup>641</sup> Nivelliert wird die Unterscheidung indes dadurch, dass Begründungspflichten regelmäßig lediglich gegenüber den Adressatinnen und Adressaten einer Entscheidung bestehen und den am Verwaltungsverfahren Beteiligten zudem im Rahmen der Vorgaben des § 29 (L) VwVfG ein Anspruch auf Einsicht auch in interne Dokumentationen zusteht.

<sup>642</sup> *T. Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S. 18; *K. Quack*, in: Festschrift für W. Oppenhoff, 1985, S. 291 (293).

meiner Perspektive mit Zweck und Funktionen von Dokumentations- und Begründungspflichten auseinandersetzen, wird deren kompensatorischer Charakter dabei nicht immer explizit gemacht.

#### a) Öffentliches Wirtschaftsrecht

Im Öffentlichen Wirtschaftsrecht finden sich Dokumentations- und Begründungspflichten vor allem im Vergabe- (dazu lit. aa) und Telekommunikationsregulierungsrecht (dazu lit. bb).

##### aa) Vergaberecht

Für das Vergaberecht verpflichtet unter anderem<sup>643</sup> § 8 Abs. 1 VgV die Vergabestelle ausdrücklich dazu, das Verfahren fortlaufend zu dokumentieren und dabei beispielsweise die Kommunikation mit Unternehmen, interne Beratungen und die Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung ebenso textlich festzuhalten wie die Öffnung der Angebote und die Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag. Freilich ergeben sich Dokumentationserfordernisse daneben auch aus den oben besprochenen Konzeptpflichten.<sup>644</sup> Indem sie die Vergabestelle dazu anhalten, den Auftragsgegenstand festzulegen sowie Eignungs- und Zuschlagskriterien zu definieren, dokumentieren sie Vorentscheidungen, die angesichts der Entscheidungsspielräume der Verwaltung unter anderem für die rechtliche Beurteilung der Vergabeentscheidung unverzichtbar sind.<sup>645</sup> Dass auch der nach § 8 VgV zu erstellende Vergabevermerk im Zeichen der Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes steht, zeigt sich daran, dass er aufbewahrt und auf Verlangen sowohl der Europäischen Kommission als auch den nationalen Aufsichts- und Prüfbehörden übermittelt werden muss.<sup>646</sup> Aber auch die Hoffnung, durch die Verfahrensdokumentation eine rationale, willkürfreie Entscheidung zu fördern, wird mit ihm verbunden.<sup>647</sup> Bedeutung entfalte die Do-

<sup>643</sup> Weitere – inhaltlich weitgehend vergleichbare – Dokumentationspflichten enthalten etwa § 43 VSVgV, § 20 VOB/A, § 12 VOF und § 6 UVgO.

<sup>644</sup> Dazu oben § 3 IV 2 b) aa).

<sup>645</sup> Siehe zu dieser (und weiteren) kompensatorischen Funktion(en) der Konzeptpflichten ebenfalls oben § 3 IV 2 b) aa).

<sup>646</sup> § 8 Abs. 4, 5 VgV; die Rechtsschutzfunktion betonen auch *I. Langenbach*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 8 VgV Rn. 5; *P. Mentzins*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 6 UVgO Rn. 1; zur alten Rechtslage ebenso *U. Nelskamp/C. Dahmen*, KommJur 2010, S. 208 (210); knapp auch *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 592, nach dem die Entscheidung durch die Dokumentation „kontrollierbar“ wird.

<sup>647</sup> *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 244, 592; ebenfalls in diese Richtung *I. Langenbach*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 8 VgV Rn. 6: „dient der Korruptionsbekämpfung und beugt Manipulationen beim Auftraggeber vor“; ähnlich *U. Nelskamp/C. Dahmen*, KommJur 2010, S. 208 (210).

kumentationspflicht daher gerade dort, wo die Vergabestelle über Auswahlspielräume verfüge, könne sie diese doch „prozedural [...] kompensieren“.<sup>648</sup>

Angesichts des gesetzlich vorgegebenen Mindestumfangs der Dokumentationspflicht gewährleistet sie auch, dass die Gründe für die abschließende Vergabeentscheidung zumindest intern aufgezeichnet werden.<sup>649</sup> Nach außen gerichtete Begründungspflichten enthält das Vergaberecht selbst indes einzig in § 134 GWB. Die unterlegenen Bieterinnen und Bieter sind demnach im Rahmen einer Vorabinformation noch vor Erteilung des Zuschlags „über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots“ zu informieren, um ihnen auf diesem Wege effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen.<sup>650</sup> Obwohl diese Begründungspflicht kaum je ausdrücklich mit dem Kompensationsgedanken in Verbindung gebracht wird, sind die konkreten Anforderungen an sie insofern doch aufschlussreich. So wird zum Teil gefordert, die Begründung müsse Ausführungen zu den Auswahlkriterien, deren Gewichtung sowie der Anwendung auf das nicht berücksichtigte Angebot deutlich machen<sup>651</sup> und so eindeutig erkennen lassen, „aufgrund welcher Bewertungskriterien [das] Angebot nicht den Zuschlag erhalten soll“<sup>652</sup>. Angesichts der Beurteilungsspielräume der Vergabestelle entspricht eben dies der oben skizzierten kompensatorischen Rechtsschutzfunktion, weil erst die Offenlegung von Beurteilungsmaßstäben und deren Anwendung die Einhaltung der insofern weitgehend prozeduralen Kontrollstandards möglich macht.<sup>653</sup>

#### *bb) Telekommunikationsregulierungsrecht*

Für den Bereich der Telekommunikationsregulierung statuiert vor allem die Geschäftsordnung der Bundesnetzagentur mannigfaltige Dokumentationspflichten: Über die Ergebnisse von Dienstbesprechungen sind Niederschriften oder Vermerke zu erstellen,<sup>654</sup> für sonstige Sitzungen sind „die vorgetragenen

<sup>648</sup> F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 594.

<sup>649</sup> Siehe § 8 Abs. 2 VgV.

<sup>650</sup> Zur Rechtsschutzfunktion der entsprechenden Begründungspflicht etwa O. Otting, NVwZ 2001, S. 775 (776); H. Schröder, NVwZ 2002, S. 1440 (1442). § 39 VwVfG greift insoweit nicht, weil die Vorabinformation keinen Verwaltungsakt darstellt, siehe dazu u. a. H. Kaelble, ZfBR 2003, S. 657 (658). Ausführlicher zur Vorabinformationspflicht noch unten § 3 IV 6 a).

<sup>651</sup> VK Brandenburg, Beschl. v. 19.09.2001 – 1 VK 85/01 –, juris.

<sup>652</sup> M. Dreher/J. Hoffmann, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 134 GWB Rn. 60; ebenso M. Kling, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 6. Aufl. 2021, § 134 GWB Rn. 65.

<sup>653</sup> Im Zusammenspiel mit der Mitteilung über die beabsichtigte Nichtberücksichtigung soll die Begründung zudem ausgleichen, dass nachträglicher Rechtsschutz regelmäßig erfolglos bleibt, weil das Recht insofern auf die Stabilität der Entscheidung setzt. Diese Kompensationsfunktion beruht indes weniger auf der Tatsache, dass überhaupt Gründe anzugeben sind, als vielmehr darauf, dass diese bereits vor Erteilung des Zuschlags mitzuteilen sind. Vgl. zu dieser Kompensationsfunktion etwa F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 625 ff.

<sup>654</sup> § 55 Abs. 2 GOBNZG.

Ansichten und ihre Begründung geordnet und knapp fest[zuh]alten<sup>655</sup> und über alle „andere[n] Ereignisse und Gesichtspunkte, die auf die Bearbeitung des Vorgangs von Einfluss sein können, sind Aktenvermerke aufzunehmen“<sup>656</sup>. Die Verpflichtung der Beschlusskammern, zur Sicherung der Entscheidungskonsistenz die übrigen Kammern, die Abteilungen sowie den Leitungsstab der BNetzA über (bestimmte) neue Verfahren zu informieren, wird schließlich ebenfalls durch die Verfahrenspflicht abgesichert, die entsprechende Beteiligung aktenkundig zu machen.<sup>657</sup> Inwiefern all dies dem Ausgleich materiellrechtlicher Schwächen dient, wird in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Angesichts der weitreichenden administrativen Letztentscheidungsbefugnisse, die die Bundesnetzagentur im Rahmen der Marktregulierung genießt,<sup>658</sup> liegt indes auch hier der Schluss nahe: Je weiter die behördlichen Spielräume und je eingegrenzter die gerichtliche Kontrolle, desto bedeutsamer und zugleich eigenständiger die Funktion von Dokumentations- und Begründungspflichten im Hinblick auf Rechtsschutz und Rationalität, d. h. Freiheits- und Gleichheitssicherung.

Im Hinblick auf die kategorische Pflicht der BNetzA, all ihre Entscheidungen zu begründen,<sup>659</sup> findet der so formulierte Kompensationsgedanke denn auch Anerkennung. „Dem beschränkten gerichtlichen Prüfprogramm“, so formuliert etwa *Thomas Mayen*, „korrespondieren [...] gesteigerte Anforderungen an die Begründung der behördlichen [E]ntscheidung“.<sup>660</sup> Die derart erhöhten Anforderungen äußern sich darin, dass die Begründung der Regulierungsentscheidung es dem Gericht ermöglichen muss, die nachvollziehende Verfahrenskontrolle durchzuführen, auf die es angesichts der Entscheidungsspielräume der BNetzA verwiesen ist. Auskunft geben muss sie folglich insbesondere darüber, ob die maßgeblichen Verfahrensbestimmungen eingehalten wurden, die BNetzA den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten hat.<sup>661</sup> Wie der Verweis auf die Ermöglichung des gerichtlichen Rechtsschut-

<sup>655</sup> § 60 Abs. 2 S. 2 GOBNetzA.

<sup>656</sup> § 36 Abs. 1 S. 1 GOBNetzA.

<sup>657</sup> § 11 Abs. 3 GOBNetzA.

<sup>658</sup> Dazu schon oben § 3 IV 2 b) bb).

<sup>659</sup> Siehe § 209 Abs. 1 S. 1 TKG. Eine gesonderte Begründungspflicht für Beschlusskammerentscheidungen enthält auch § 16 Abs. 2 S. 1 GOBNetzA. Eine weitere Begründungspflicht lässt sich § 11 Abs. 3 GOBNetzA entnehmen, der verlangt, dass sich auch die Beteiligung der übrigen Beschlusskammern, der Abteilungen sowie des Leitungsstabs zum Zwecke der Konsistenzsicherung aus der Entscheidung selbst erkennen lassen muss. Da ein entsprechender Ausweis im Entscheidungstenor regelmäßig nicht tunlich sein dürfte, bleibt auch insofern allein die Entscheidungsbegründung.

<sup>660</sup> *T. Mayen*, NVwZ 2008, S. 835 (842).

<sup>661</sup> Vgl. *T. Mayen*, NVwZ 2008, S. 835 (842); *A. Meyer-Sebastian*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 131 Rn. 6; zu diesem Prüfungsmaßstab etwa BVerwGE 131, 41 (48) sowie bereits oben § 3 IV 3 a).

zes illustriert, kommt dem Begründungserfordernis in dieser Deutung die Aufgabe zu, im Zusammenwirken mit den in Bezug genommenen Verfahrens-, Ermittlungs- und Bewertungspflichten das Rechtsschutzdefizit auszugleichen, das das behördliche Regulierungsermessen aufreißt. Es bemüht sich, die reduzierte Kontrollfunktion der materiell-rechtlichen Vorgaben zu kompensieren.

Im Interesse effektiven (Grund-)Rechtsschutzes durch Verfahren entnimmt das regulierungsrechtliche Schrifttum auch § 215 TKG eine ungeschriebene Begründungspflicht. Nach dieser soll die BNetzA verpflichtet sein, in ihrer Entscheidung zumindest zu den wichtigsten der im Rahmen von Anhörung und mündlicher Verhandlung vor der Beschlusskammer vorgetragenen Aspekten Stellung zu beziehen und insofern deren (Nicht-)Berücksichtigung zu begründen.<sup>662</sup> Sofern dies mit der „effektiven Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör“ begründet wird,<sup>663</sup> scheint hierin die oben allgemein skizzierte Überlegung auf, dass Begründungspflichten schwache materiell-rechtliche Entscheidungsprogrammierungen insofern auszugleichen vermögen, als sie – vermittelt über die ihnen zukommende Selbstkontrollfunktion – dazu beitragen, dass alle betroffenen Belange gerade in den Bereichen angemessene Berücksichtigung finden, in denen behördliche Entscheidungsspielräume bestehen und das materielle Recht die widerstreitenden Interessen keinem abschließenden Ausgleich zuführt.

Dass die BNetzA all ihre Entscheidungen begründen muss, trägt nach verbreiteter Auffassung darüber hinaus aber auch dem allgemeinen Interesse daran Rechnung, im Hinblick auf künftige Entscheidungen zu erfahren, welche Gesichtspunkte die BNetzA für maßgeblich oder besonders bedeutsam erachtet.<sup>664</sup> Eben hierdurch soll zugleich sichergestellt werden, dass „der Grundsatz der Gleichbehandlung bei späteren gleichliegenden Vorgängen nicht umgangen werden“ könne.<sup>665</sup> Mag der Kompensationsgedanke insofern auch nicht explizit erwähnt werden, so ist doch kaum zu übersehen, dass für die angesprochene Orientierungs- und Gleichheitsfunktion der Begründung nur dort Raum ist, wo das materielle Recht diese nicht bereits durch klare inhaltliche Entscheidungsvorgaben erfüllt.

---

<sup>662</sup> T. Fetzer, in: ders./Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 135 Rn. 13; an anderer Stelle wird indes lediglich von einer Pflicht zur Berücksichtigung gesprochen, ohne offenzulegen, ob aus dieser zugleich folgt, dass das erforderliche Erwägen auch in der Entscheidungsbegründung zum Ausdruck kommen muss, siehe etwa T. Attendorn/M. Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 135 Rn. 11 f.

<sup>663</sup> T. Fetzer, in: ders./Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 135 Rn. 13.

<sup>664</sup> A. Meyer-Sebastian, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 131 Rn. 3; in diese Richtung auch K. Graulich, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 131 Rn. 7: „Präcedenzwirkung von Entscheidungen in Einzelfällen für zukünftige vergleichbare Fälle“.

<sup>665</sup> A. Meyer-Sebastian, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 131 Rn. 3.



## b) Polizeirecht

Im Polizeirecht hingegen wird der Zusammenhang zwischen Dokumentations- und Begründungspflichten auf der einen und der Vorstellung prozeduraler Kompensation auf der anderen Seite so prominent und ausdrücklich hervorgehoben wie in keinem anderen der hier untersuchten Referenzgebiete. Wissenschaft und Rechtsprechung dient der Kompensationsgedanke hier nicht nur als Deutungsfolie gesetzlich normierter Dokumentations- und Begründungserfordernisse, sondern als dogmatisches Argument, um entsprechende Verfahrensanforderungen auch dort zu begründen, wo sie sich dem Gesetzestext nicht unmittelbar entnehmen lassen.

Dokumentationspflichten haben vor allem für verdeckte polizeiliche Maßnahmen vielfach Eingang in die gesetzlichen Eingriffstatbestände gefunden.<sup>666</sup> Das BVerfG hat es im Kontext seiner Überprüfung automatisierter Kennzeichenkontrollen sogar für verfassungsrechtlich unerlässlich erklärt, dass die Polizei „die Entscheidungsgrundlagen für die Durchführung einer solchen Maßnahme nachvollziehbar und überprüfbar dokumentiert“<sup>667</sup> und zur Begründung darauf verwiesen, dass derartige „Kennzeichenkontrolle[n] – anders als zu begründende Verwaltungsakte – den Betroffenen in keiner Weise mitgeteilt werden und mitgeteilt werden können“.<sup>668</sup> Bei genauer Betrachtung reagiert die Pflicht zur Dokumentation allerdings auch in der Deutung des BVerfG nicht nur auf die Tatsache, dass die Maßnahmen von den Betroffenen unbemerkt bleiben, sondern auch auf die Unbestimmtheit der tatbestandlichen Voraussetzungen. Zu dokumentieren seien, so betont das Gericht, insbesondere die von den Eingriffstatbeständen vorausgesetzten „entsprechenden Lageerkenntnisse“ – und zwar deshalb, weil dieses Erfordernis „erst durch eine behördliche Konkretisierung nähere Konturen erhält“.<sup>669</sup> Vergleichbare Dokumentationspflichten nimmt die Rechtsprechung auch für die Lagebeurteilungen an, auf deren Grundlage die Polizei im Vorfeld öffentlicher Videoüberwachungen die Einschätzung und Prognose trifft, bei einer Örtlichkeit handele es sich um einen Kriminalitätsbrennpunkt, an dem auch künftig mit der Begehung von Straf-

<sup>666</sup> Siehe etwa § 48 Abs. 5 S. 1, § 51 Abs. 1 S. 5, § 52 Abs. 1 S. 3 sowie § 74 PolG BW; Art. 51 Abs. 1 BayPAG; § 25 Abs. 3 S. 3, § 25a Abs. 4 S. 2 BlnASOG; § 36a Abs. 1 S. 2, § 46 Abs. 3 S. 2, 3 BbgPolG; § 81 PolG Bremen; § 64 PolDVG Hamburg; § 28 HSOG; § 46d, 46f SOG M-V; § 48 NdsPOG; § 33b PolG NRW; § 47 POG Rhl-Pf; § 42 SaarlPolDVG; § 75 SächsPVDG; § 186c LVwG S-H.

<sup>667</sup> BVerfGE 150, 244 (303); siehe auch BVerfGE 150, 309 (342).

<sup>668</sup> BVerfGE 150, 244 (302f.). In seiner Entscheidung zur Bestandsdatenauskunft schränkt das BVerfG dies hingegen ein. Dort stellt es fest, bei nur geringer Eingriffsintensität sei „auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Maßnahme regelmäßig geheim erfolgt und Betroffene auch im Nachhinein nicht über eine erteilte Auskunft benachrichtigt werden, keine Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen erforderlich“, siehe BVerfGE 155, 119 (227).

<sup>669</sup> BVerfGE 150, 244 (303).

taten zu rechnen sei.<sup>670</sup> Und auch für die Schleierfahndung hat die landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung verschiedentlich die Dokumentation der Lagebeurteilungen und -erkenntnisse gefordert, aus denen sich ergebe, dass die Kontrolle – wie von den entsprechenden Tatbeständen vorausgesetzt – auf einer „anderen Straße von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität“ oder „zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten der grenzüberschreitenden Kriminalität“ stattgefunden habe.<sup>671</sup> Soweit die Ausübung der Kontrollbefugnisse der eingrenzenden Steuerung durch polizeiliche Konzepte bedarf, sind diese schließlich ebenfalls nachvollziehbar festzuhalten.<sup>672</sup>

Insbesondere der Sächsische Verfassungsgerichtshof führt diese Dokumentationsanfordernisse ausdrücklich auf den „Gesichtspunkt der Kompensation mangelnder Bestimmtheit durch Verfahrensvorkehrungen“ zurück.<sup>673</sup> Und auch an anderer Stelle klingt der Ausgleichsgedanke deutlich an, wenn etwa das BVerfG gerade angesichts des konkretisierungsbedürftigen Merkmals „entsprechender Lageerkenntnisse“ betont, die durch Dokumentationsanfordernisse institutionalisierte Selbstkontrolle der Behörde „rationalisier[e] und mäßig[e] die Entscheidung der Behörde“.<sup>674</sup> Wenngleich denkbar knapp, verweist das BVerfG mit dem erwähnten Rationalisierungsversprechen auf die von offenen Normen nur eingeschränkt erfüllte Gleichheitsfunktion. Die Hoffnung auf eine Mäßigung der Entscheidung lässt zudem erkennen, dass das Gericht die Funktion von Dokumentationspflichten auch darin erblickt, das Behördenhandeln zu begrenzen, wo die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen dies nicht tun. Das Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern hat diese Funktionszuschreibungen noch um die These ergänzt, Dokumentationspflichten seien „nötig, damit die Polizei sich über die Rechtmäßigkeit ihres Handelns in Anwendung einer offenen Norm vergewissert“.<sup>675</sup> Neben Gleichheits- und Begrenzungsfunktion findet sich im Polizeirecht damit auch die eingangs skizzierte eigenständige Rechtswahrungsfunktion wieder,<sup>676</sup> die Dokumentationspflichten kraft ihres Zwangs zur Selbstkontrolle die rechtswahrende Berücksichtigung aller berührten Belange und damit den Ausgleich gerichtlicher Rechtsschutzdefizite zutraut.<sup>677</sup> Im Zeichen der damit bereits angesproche-

<sup>670</sup> VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 (504); ebenso *D. Büllfeld*, Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge, 2002, S. 182; siehe auch die entsprechenden gesetzlichen Regelungen z. B. in § 24b Abs. 1 BlnASOG.

<sup>671</sup> MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156); VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 179, 221 f.; gegen ein entsprechendes Dokumentationsanfordernis aber *S. Graf*, Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen, 2006, S. 308.

<sup>672</sup> VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 220.

<sup>673</sup> VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 221.

<sup>674</sup> BVerfGE 150, 244 (303); ebenso BVerfGE 155, 119 (227).

<sup>675</sup> MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156).

<sup>676</sup> Siehe oben § 3 IV 5 vor a).

<sup>677</sup> Das Rechtsschutzdefizit, auf das Dokumentationspflichten damit zu reagieren beanspruchen, folgt im Polizeirecht indes regelmäßig nicht daraus, dass die Polizei über gerichtlich

nen Kompensation von Rechtsschutzdefiziten steht schließlich auch die Forderung, auch polizeiliche Konzepte zu dokumentieren. Denn zur Begründung wird insofern angeführt, dass die Gerichte nur aufgrund einer entsprechenden Dokumentation kontrollieren könnten, ob „die konkrete Identitätskontrolle nicht nur den sonstigen Voraussetzungen des [jeweils einschlägigen Polizeigesetzes] genügt, sondern sich auch im Rahmen des Konzepts gehalten ha[be]“. Die Pflicht, administrative Konzepte zu Kontrollzwecken aufzuzeichnen, reagiert in dieser Lesart auf die Tatsache, dass sich dort, wo sich Behörden angesichts von Ermessensspielräumen oder weit gefasster Tatbestandsformulierungen in Konzepten selbst an ergänzende Handlungsmaßstäbe binden müssen, auch der Maßstab gerichtlicher Kontrolle verschiebt, ja genau genommen verdichtet.<sup>678</sup>

Begründungspflichten werden einige dieser (Ausgleichs-)Funktionen ebenfalls zugeschrieben. In zwei unterschiedlichen Formen weist das Polizeirecht sie insbesondere für solche Maßnahmen aus, deren Anordnung unter Behördenleiter- oder Richtervorbehalt steht: Teils verlangen die gesetzlichen Grundlagen lediglich, der Antrag auf Anordnung der entsprechenden Maßnahmen müsse begründet werden;<sup>679</sup> teils statuieren sie darüber hinaus auch die Pflicht, die

---

nur eingeschränkt überprüfbare Beurteilungsspielräume verfügte. Stattdessen ist der gerichtliche Rechtsschutz hier – wie insbesondere im Kontext verdeckter polizeilicher Maßnahmen immer wieder betont wird – insofern eingeschränkt, als die Natur der Maßnahmen allenfalls eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung zulassen (siehe etwa BbgVerfG, LKV 1999, S. 450 [455]). – Eine Rechtsschutzfunktion wird Dokumentationspflichten im Polizeirecht darüber hinaus auch insofern attestiert, als es den Gerichten regelmäßig erhebliche Schwierigkeiten bereiten dürfte, im Nachgang die zum Zeitpunkt einer Maßgabe gegebene bzw. der Polizei erkennbare Sachlage zu ermitteln. Nicht zuletzt angesichts der Maßgeblichkeit der polizeilichen *ex ante*-Perspektive dürfte die gerichtliche Sachaufklärung daher auf die begleitende Aufzeichnung der Entscheidungsgrundlagen durch die Polizei angewiesen sein. In diesem Sinne ermöglichen Dokumentations- und zuweilen auch Begründungspflichten den nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz, wie das vielfach angenommen wird (siehe etwa BVerfGE 150, 244 [303]; 150, 309 [342]; VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 222; MVVerfG, LKV 2000, S. 149 [156]: „einem – nachträglichen – Rechtsschutz förderlich“; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2015, S. 26 [28]; ebenso V. Bartsch, Rechtsvergleichende Betrachtung präventiv-polizeilicher Videoüberwachungen öffentlich zugänglicher Orte in Deutschland und in den USA, 2004, S. 216f.). Da mit dieser Ermöglichung allerdings keine Schwächen des materiellen Rechts ausgeglichen werden, erheben Dokumentations- und Begründungspflichten insofern keinen Kompensationsanspruch.

<sup>678</sup> Diese Umstellung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabs ist strukturell derjenigen in Beurteilungs-, Abwägungs- oder Ermessensspielräumen vergleichbar. Sofern dort zur Kompensation auf Ermittlungs- und Bewertungspflichten zurückgegriffen wird (siehe oben § 3 IV 2) und sich die gerichtliche Kontrolle in der Folge auf diese konzentriert, verschiebt sich die Kontrolle in den Fällen, in denen der Ausgleich durch eine konzeptionelle Selbstbindung der Verwaltung erfolgt, auf die Einhaltung der Maßstäbe, die sich die Verwaltung selbst gegeben hat. Auch insofern erschließt sich der Kompensationsanspruch der erwähnten Dokumentationspflichten erst im Zusammenspiel mit den Konzeptpflichten, deren Durchsetzung sie ermöglichen.

<sup>679</sup> So etwa § 31 Abs. 3 S. 3, § 32 Abs. 5 S. 3, § 48 Abs. 3 S. 3, § 49 Abs. 3 S. 3, § 50 Abs. 2 S. 3,

Anordnung selbst zu begründen.<sup>680</sup> Für die kompensatorische Funktion der entsprechenden Begründungserfordernisse ist insofern von Bedeutung, dass Behördenleiter- oder Richtervorbehalte vor allem für Eingriffe gebräuchlich sind, die (jedenfalls zunächst) ohne Kenntnis der oder des Betroffenen vollzogen werden.<sup>681</sup> Das Verfassungsgericht Brandenburg hat vor diesem Hintergrund auch die entsprechenden Begründungsanforderungen als Ausdruck und Erfordernis prozeduralen Grundrechtsschutzes qualifiziert, der durch die eigenständige Rechtswahrungsfunktion der Begründung ausgleiche, dass in diesen Fällen eine materiell-rechtliche Ergebniskontrolle durch die Gerichte zwar nicht gänzlich entfallt, aber doch zu spät komme, um eine etwaige Grundrechtsverletzung zu verhindern.<sup>682</sup> Die Pflicht, die Anordnung zu begründen, „zwing[e] die anordnende Stelle [...], die grundrechtlich geschützte Position des Betroffenen ausreichend zu würdigen und eine nachvollziehbare ‚gerichts feste‘ Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen.“<sup>683</sup> Sie gleicht damit aus, dass die materiellen Vorgaben der gesetzlichen Eingriffstatbestände eben diese Abgrenzungsfunktion nicht vollständig erfüllen, weil der Gesetzgeber die entsprechende Abwägung nicht vorweggenommen hat.

Sofern die Gerichte den Polizeibehörden bei der Anwendung von Eingriffstatbeständen Beurteilungsspielräume zugestehen, zeigt sich die kompensatorische Rechtsschutzfunktion von Begründungspflichten zudem auch im Polizeirecht in ihrer ersten oben skizzierten Variante.<sup>684</sup> Dass eine gerichtliche Ergeb-

---

§ 52 Abs. 2 S. 3, § 54 Abs. 4 S. 3 PolG BW. Ob eine entsprechende Antragsbegründung auch dort rechtlich verpflichtend ist, wo dies aus den Polizeigesetzen nicht ausdrücklich hervorgeht, wird unterschiedlich beurteilt. Gegen eine solche Pflicht sprechen sich aus *H. Lischen/R. Mokros*, NVwZ 1991, S. 609 (611 mit Fn. 38), dafür hingegen *A. Voßkuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR V, 2013, § 131 Rn. 73 mit und in Fn. 307.

<sup>680</sup> So etwa § 56 Abs. 2 S. 2 PolG BW; da insbesondere richterliche Anordnungen schon aus Gründen der erforderlichen Bestimmtheit regelmäßig schriftlich zu erfolgen haben (siehe *A. Voßkuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR V, 2013, § 131 Rn. 83 f.), folgt die Pflicht, sie zu begründen, im Regelfall bereits aus § 39 (L)VwVfG.

<sup>681</sup> Dazu oben § 3 IV 4 a) aa) mit Nachweisen in Fn. 375.

<sup>682</sup> BbgVerfG, LKV 1999, S. 450 (455).

<sup>683</sup> BbgVerfG, LKV 1999, S. 450 (455); für die Begründung des Antrags auf Anordnung ebenso *H. Lischen/R. Mokros*, NVwZ 1991, S. 609 (611); siehe auch SächsVerfGH, LKV 1996, S. 273 (287), wo die Begründungspflicht als kompensatorischer Rationalitätsgarant behandelt wird. Darüber hinaus deutet das BbgVerfG auch eine Begrenzungsfunktion der Begründung an, wenn es feststellt, durch den „Zwang zur Selbstkontrolle“ entfalte die Begründung der Eingriffsanordnung auch „eine eingriffsbegrenzende Wirkung, die gegebenenfalls [entfalle], wenn die Anordnung [...] nicht in nachvollziehbarer Weise schriftlich begründet zu werden braucht“ (BbgVerfG, LKV 1999, S. 450 [465]). Unklar ist allerdings, ob das Gericht mit dieser Formulierung auf einen Begrenzungseffekt anspielt, der über denjenigen der materiell-rechtlichen Grenzen hinausgeht, oder ob er sich in dem bereits genannten Rechtswahrungseffekt erschöpft, der eintritt, indem sich die Behörde durch die Begründungspflicht die materiell-rechtlichen Anforderung und die zu berücksichtigenden Rechtspositionen erneut vor Augen führt. Siehe zu dieser Problematik bereits oben § 3 IV 4 a) aa).

<sup>684</sup> Siehe oben § 3 IV 5 vor a).

niskontrolle in diesen Fällen ausscheidet, gleicht das Polizeirecht dadurch aus, dass die tragenden Gründe der Entscheidung in der Akte festzuhalten sind, um auf diese Weise die gerichtliche Kontrolle der im wesentlichen verfahrensbezogenen Grenzen des Beurteilungsspielraums (insbes. zutreffende und vollständige Ermittlung aller relevanten Tatsachen, zutreffende Gewichtung unter Beachtung anerkannter Bewertungsmaßstäbe) zu ermöglichen.<sup>685</sup>

### c) Umweltrecht

Erstaunlich wenig Aufmerksamkeit haben Dokumentations- und Begründungspflichten bislang im Umweltrecht gefunden. Jedenfalls für die hier betrachteten Ausschnitte des Gentechnik- und Immissionsschutzrechts wird deren Bedeutung kaum je eingehend erörtert. Und auch der Kompensationsgedanke wird für sie, soweit ersichtlich, nicht fruchtbar gemacht.

Am Fehlen entsprechender Vorgaben liegt das indes nicht. Zumindest rudimentäre Dokumentationspflichten enthalten sowohl Gentechnik- als auch Immissionsschutzrecht etwa insofern, als sie die Genehmigungsbehörde dazu verpflichten, über Verlauf und Ergebnisse eines durchgeführten Erörterungstermin eine Niederschrift anzufertigen.<sup>686</sup> Und auch die in das gentechnische Genehmigungsverfahren eingebundene Zentrale Kommission für Biologische Sicherheit (ZKBS)<sup>687</sup> ist verordnungsrechtlich gehalten, über ihre Sitzungen Protokoll zu führen und dabei neben den Beratungsgegenständen auch die erzielten Beratungsergebnisse, deren Begründungen, die Stimmenverhältnisse sowie abweichende Voten festzuhalten.<sup>688</sup> Der Sinn dieser Dokumentationspflicht dürfte unter anderem darin bestehen, der Genehmigungsbehörde die Entscheidung darüber zu erleichtern, ob sie der Empfehlung der ZKBS folgt oder nicht.<sup>689</sup> Berücksichtigt man, dass den Behörden im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen für Freisetzungen nach dem GenTG ein Beurteilungsspielraum zusteht,<sup>690</sup> lässt sich der Zweck von Protokoll und Niederschrift in-

<sup>685</sup> Deutlich etwa bei VGH Mannheim, ZD 2015, S. 542 (544) im Hinblick auf die Prognoseentscheidung, ob davon auszugehen sei, eine bestimmte Person werde auch künftig Straftaten begehen.

<sup>686</sup> Siehe § 19.9. BImSchV, der über § 10 S. 2 GenTAnhV auch im Gentechnikrecht Anwendung findet.

<sup>687</sup> Zu dieser bereits oben § 3 IV 4 c) bb) (2).

<sup>688</sup> § 12 Abs. 1 S. 1, 2 ZKBSV; gem. § 13 Abs. 3 S. 2 ZKBSV finden diese Protokollierungspflichten auch auf die von der ZKBS eingesetzten Arbeitskreise Anwendung.

<sup>689</sup> Da sie von den entsprechenden Empfehlungen auch in Freisetzungsverfahren nur dann abweichen darf, wenn sie hierfür Gründe angibt (siehe § 16 Abs. 5 S. 2 i. V. m. § 10 Abs. 7 S. 4 GenTG), kommt der Protokollierung der Gründe und Minderheitsvoten insofern besondere Bedeutung zu.

<sup>690</sup> BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232 (1233 f.); ebenso *M. Kniesel/W. Müllensiefen*, NJW 1999, S. 2564 (2568); *C. Tünnesen-Harmes*, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, S. 113; im Ergebnis für eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolle auch *K.-H. Ladeur*, NuR 1992, S. 254 (258 f., 261), der dies allerdings auf ein Planungsermessen und nicht auf einen Beurteilungs-

des auch darin sehen, über die Einhaltung derjenigen Verfahrensvorschriften Aufschluss zu geben, auf die sich die gerichtliche Kontrolle infolge der administrativen Letztentscheidungsbefugnis konzentriert. Strukturell entspricht die Situation damit etwa derjenigen im Vergaberecht, wo Dokumentationsanforderungen ausgehend von parallelen Erwägungen eine kompensatorische Rechtsschutzfunktion zugeschrieben wird.<sup>691</sup> Dass das Immissionsschutzrecht für die Anhörung der beteiligten Kreise nach § 48 Abs. 1 BImSchG keine vergleichbare Dokumentation voraussetzt und im Schrifttum sogar ausdrücklich betont wird, die Bundesregierung müsse in keiner Weise formal zu erkennen geben, dass sie sich mit den entsprechenden Stellungnahmen auseinandergesetzt habe,<sup>692</sup> ist gerade vor diesem Hintergrund bemerkenswert. Denn auch insofern genießt die zuständige Bundesregierung ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Standardisierungsermessen.<sup>693</sup> Im Lichte der Befunde aus den oben besprochenen Rechtsgebieten hätte es daher jedenfalls nicht erstaunt, wenn das Gesetz auch hier auf Dokumentationspflichten zurückgriffe, um auszugleichen, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben weder die angemessene Berücksichtigung der betroffenen Interessen abschließend sicherstellen noch eine gerichtliche Kontrolle ermöglichen.<sup>694</sup>

Der im Schrifttum meist unter expliziter Inbezugnahme des Kompensationsgedankens verlautbarte Ruf nach einer Begründungspflicht für technische Normen<sup>695</sup> ist für die nach § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften bislang ebenfalls weitgehend ergebnislos verhallt.<sup>696</sup> Allein die Gemeinsame

---

spielraum zurückführt; einen Beurteilungsspielraum ablehnend *M. Kapteina*, Die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen, 2000, S. 172 ff., insbes. 176; *S. Schmieder*, Risikoentscheidungen im Gentechnikrecht, 2004, S. 176–327. Siehe auch bereits oben § 3 IV 3 c).

<sup>691</sup> Dazu oben § 3 IV 5 a) aa).

<sup>692</sup> Vgl. *M. Thiel*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 51 BImSchG Rn. 26 (Stand: 86. Erg.-Lfg. April 2018); *C. Tophoven*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, § 51 BImSchG Rn. 8.

<sup>693</sup> *R. Breuer*, NVwZ 1988, S. 104 (111); *H. D. Jarass*, NJW 1987, S. 1225 (1229); *H. Hill*, NVwZ 1989, S. 401 (409); *E. Hofmann*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 67. Ed. 01.07.2023, § 48 BImSchG Rn. 12; vgl. ferner oben § 3 IV 3 c) m. w. Nachw.

<sup>694</sup> Das gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund des oben skizzierten Befunds, dass die Anhörung der beteiligten Kreise als Instrument des Grundrechtsschutzes durch Verfahren gedeutet wird, siehe dazu oben § 3 IV 4 c) bb) (1) sowie insbes. *E. Hofmann/H.-J. Koch*, in: Führ (Hrsg.), GK-BImSchG, 2016, § 51 Rn. 2, 13 f. und *H.-H. Trute*, Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 1989, S. 95 ff.

<sup>695</sup> *H.-H. Trute*, Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 1989, S. 100 ff.; ferner *K. Hansmann*, in: Festschrift für H. Sandler, 1991, S. 285 (301); *H. v. Lersner*, NuR 1990, S. 193 (195 f.).

<sup>696</sup> Eine gesetzliche Pflicht zur Begründung statuiert in diesem Zusammenhang lediglich § 48 Abs. 1b Nr. 1 lit. a BImSchG, und zwar für die Fälle, in denen der Vorschriftengeber hinter den Vorgaben der BVT-Schlussfolgerungen zurückbleiben möchte, weil er diese für unverhältnismäßig hält. Ungeachtet dessen werden die entsprechenden Verwaltungsvorschriften in der Praxis aber zuweilen durchaus mit einer offiziellen Begründung versehen, siehe für die TA

Geschäftsordnung der Bundesministerien sieht insofern eine Pflicht zur Begründung vor, doch bezieht sie diese nicht auf die Verwaltungsvorschriften selbst, sondern verlangt einzig, dass deren Entwurf begründet wird.<sup>697</sup> Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbescheid, also die Erteilung einer Anlagengenehmigung, ist nach den gesetzlichen Vorgaben hingegen durchweg zu begründen.<sup>698</sup> Neben den „wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe[n], die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben“, muss er „die Behandlung der Einwendungen“ erkennen lassen und schließlich auch „Angaben über das Verfahren zur Beteiligung der Öffentlichkeit“ enthalten.<sup>699</sup> Für ablehnende Entscheidungen findet die Pflicht zur Begründung immerhin entsprechende Anwendung.<sup>700</sup> Und auch im Hinblick auf gentechnikrechtliche Freisetzungsgenehmigungen und deren Ablehnung trifft die Behörde eine gesetzlich gesondert ausgewiesene Begründungspflicht.<sup>701</sup> Sowohl die immissionsschutzrechtliche Anlagen- als auch die gentechnikrechtliche Freisetzungsgenehmigung weisen dabei eine Besonderheit auf: Sie sind mitsamt ihrer Begründung öffentlich bekannt zu machen.<sup>702</sup> Nimmt man all diese Charakteristika zusammen, so erstaunt es fast, dass die Begründungspflichten im Immissionsschutz- und Gentechnikrecht, soweit ersichtlich, nicht als Ausdruck einer Kompensation durch Verfahren gedeutet werden. Dass auch begünstigende Entscheidungen durchweg zu begründen und zu veröffentlichen sind, legt doch zumindest nahe, dass die Funktion der Begründungspflicht darin besteht, behördliche Wertungen transparent zu machen, um der Öffentlichkeit auf dieser Grundlage eine verlässliche Einschätzung künftiger Entscheidungen auch dort zu ermöglichen, wo die gesetzlichen Vorgaben diese Orientierungsfunktion nicht hinreichend erfüllen.<sup>703</sup> Und auch die Tatsache, dass Begründungen auf erhobene Einwendungen eingehen und Angaben zum Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung enthalten müssen, mag man als Ausdruck einer (grund-)

---

Luft etwa BR-Drs. 1058/01, S. 234 ff. Ob das Fehlen einer gesetzlichen Begründungspflicht mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist, wird zuweilen bezweifelt, so etwa von *J. Wagner*, DVBl. 2017, S. 1203 (1206 f.).

<sup>697</sup> § 70 Abs. 1 S. 1 GGO.

<sup>698</sup> § 10 Abs. 7 S. 1 BImSchG; die Ausnahmen des § 39 Abs. 2 VwVfG sind angesichts dessen nicht anwendbar.

<sup>699</sup> § 21 Abs. 1 Nrn. 5, 6 9. BImSchV.

<sup>700</sup> § 20 Abs. 3 S. 1 9. BImSchV.

<sup>701</sup> § 12 Abs. 1 S. 1 GenTVfV i. V. m. § 10 Abs. 7 S. 1 BImSchG; siehe auch § 18 Abs. 3 S. 2 GenTG, der ebenfalls auf § 10 Abs. 7 BImSchG verweist. Für die Ablehnung der Genehmigung anders noch *H.-G. Dederer*, in: Eberbach/Lange/Ronellenfisch (Hrsg.), *Recht der Gentechnik und Biomedizin*, Bd. 1, Stand: 8. Erg.-Lfg. Mai 1993, § 16 GenTG Rn. 115, der die Begründungspflicht insofern allein § 39 Abs. 1 VwVfG entnimmt. Ebenfalls begründet werden müssen die Stellungnahmen der ZKBS, siehe § 14 Abs. 1 S. 3, 4 ZKBSV.

<sup>702</sup> Siehe § 10 Abs. 7 S. 2, 3, Abs. 8 BImSchG, § 21a Abs. 1 S. 1 9. BImSchV sowie für das Gentechnikrecht § 12 Abs. 1 S. 1 GenTVfV i. V. m. § 10 Abs. 7 S. 2, 3, Abs. 8 BImSchG.

<sup>703</sup> Vgl. dazu die entsprechenden Erwägungen im Telekommunikationsregulierungsrecht, oben § 3 IV 5 a) bb).

rechtswahrenden, gleichheitsfördernden Selbstkontrolle deuten, die gerade dort Bedeutung erlangt, wo die Offenheit gesetzlicher Bestimmungen die Kontroll- und Gleichheitsfunktion des Gesetzes einschränkt. Jedenfalls für das Immissionsschutzrecht stünde einer solchen Deutung freilich entgegen, dass es sich bei der Genehmigung immissionsschutzrechtlicher Anlagen um eine gebundene Entscheidung handelt, bei der der Behörde auch auf Tatbestandsseite kein Beurteilungsspielraum zusteht. Anders als bei der Entscheidung über gentechnikrechtliche Freisetzen fehlt es hier folglich schon an prozedural auszufüllenden gesetzlichen Spielräumen.

#### d) Gesundheitsrecht

Für den hier untersuchten Bereich des Gesundheitsrechts, namentlich die krankenversicherungsrechtliche Bewilligung von Heilbehandlungsleistungen, finden sich Dokumentations- und Begründungspflichten in erster Linie in der Verfahrensordnung des GBA. Nicht die abschließende Bewilligungsentscheidung durch den behandelnden Vertragsarzt,<sup>704</sup> sondern die vorlaufende Normkonkretisierung in Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses wird durch diese internen Verfahrensregelungen an unterschiedliche Dokumentations- und Begründungserfordernisse gebunden. So „soll“ ein vom GBA mit der Vorbereitung verbindlicher Richtlinien betrauter Unterausschuss eine zusammenfassende Dokumentation erstellen, die das Beratungsverfahren „in seinem jeweiligen Stand umfassend“ darstellt und insbesondere über die „Auswertung eingeholter Gutachten“ und die „Auseinandersetzung mit den [nach §§ 91 Abs. 5, 92 SGB V erhaltenen] Stellungnahmen“ Aufschluss gibt.<sup>705</sup> Und auch wenn das Plenum sich mit eingeholten Stellungnahmen befasst, ist über deren Auswertung eine Niederschrift zu erstellen, aus der erkennbar wird, welche Stellungnahmen mit welchem Ergebnis erörtert wurden und aus welchen wesentlichen Gründen bestimmte Einwände nicht berücksichtigt wurden.<sup>706</sup> Im Rahmen einer Anhörung mündlich vorgetragene Einwände und Vorschläge sind schließlich ebenfalls zu dokumentieren, wobei auch insofern festzuhalten ist, weshalb ihnen ggfs. nicht gefolgt wird.<sup>707</sup>

<sup>704</sup> Dokumentationspflichten treffen indes auch den behandelnden Vertragsarzt, vgl. C. Pawlita, GesR 2017, S. 620. Weit überwiegend wird deren Bedeutung im Kontext des Haftungsrechts betont. Vereinzelt wird deren Funktion allerdings auch darin gesehen, die Entscheidung des Vertragsarztes durch die Dokumentation im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zu steuern und kontrollierbar zu machen, so etwa K. Scholz, in: Rolfs u. a. (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, § 294 SGB V Rn. 1.

<sup>705</sup> Kap. 1 § 5 Abs. 4 S. 2 VerfO GBA; gesonderte Dokumentationsvorgaben finden sich in Bezug auf die Bewertung medizinischer Methoden in Kap. 2 § 12b Abs. 2, § 16 Abs. 4 VerfO GBA.

<sup>706</sup> Kap. 1 § 10 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 11 Abs. 2 S. 2, § 12 Abs. 4 S. 2 VerfO GBA.

<sup>707</sup> Kap. 1 § 12 Abs. 4 i. V. m. § 10 Abs. 3 VerfO GBA.



Wie bereits daran erkennbar wird, gehen Dokumentations- und Begründungspflichten fließend ineinander über. Denn nicht selten schlägt sich die Pflicht, die Auswertung von Stellungnahmen und Gutachten festzuhalten, in dem Erfordernis nieder, die Gründe für deren (Nicht-)Berücksichtigung aufzuzeichnen. Die derart dokumentierte Begründung bleibt dabei indes meist ein Internum des GBA. Dass sich Dokumentations- und Begründungspflichten indes auch nicht entlang der Frage unterscheiden lassen, ob sie nach außen kommuniziert werden, zeigt sich einerseits daran, dass die zusammenfassende Verfahrensdokumentation samt der in sie aufgenommenen Begründungen nach Wirksamwerden eines Richtlinienbeschlusses im Internet öffentlich zugänglich zu machen ist.<sup>708</sup> Andererseits kennt die VerfO des GBA auch rein interne Begründungspflichten, wie etwa diejenige, nach der Richtlinienentwürfe, die von einem Unterausschuss des GBA erarbeitet wurden, bei ihrer Vorlage an das Plenum ihre tragenden Gründe angeben müssen.<sup>709</sup> Im Hinblick auf die Richtlinien selbst verlangen SGB V und VerfO GBA immerhin eine Angabe der tragenden Gründe.<sup>710</sup> Wenngleich die Pflicht zur Angabe der tragenden Gründe hinter einer umfassenden Begründungspflicht zurückbleibt,<sup>711</sup> stellt das Verfahrensrecht des GBA doch zumindest für Richtlinien zur Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden klar, dass zu den tragenden Gründen auch die Darlegung und Erläuterung der dem Richtlinienbeschluss zugrundeliegende Abwägungsentscheidung zählt.<sup>712</sup>

Die Funktion all dieser Dokumentations- und Begründungspflichten sieht das Schrifttum durchaus darin, ein Defizit auszugleichen. Ohne Dokumentation, so bemerkt etwa *Peter Axer* zu Recht, ließen sich die formellen Anforderungen an den Richtlinienbeschluss – namentlich die Pflicht, den anzuhörenden Verbänden und Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und deren Einwände in die Entscheidungsfindung einzubeziehen – gerichtlich nicht kontrollieren.<sup>713</sup> Die gerichtliche Kontrolle kann auf diese Verfahrensanforderungen schon deshalb nicht verzichten, weil das Standardisierungsermessen des GBA eine materiell-rechtliche Überprüfung der Richtlinien weitgehend ausschließt. Indem die Anforderungen an Dokumentation und Begründung es den

<sup>708</sup> Kap. 1 § 7 Abs. 2 S. 3 VerfO GBA.

<sup>709</sup> Kap. 1 § 5 Abs. 4 S. 1 VerfO GBA; siehe auch Kap. 1 § 13 VerfO GBA sowie § 20 Abs. 3 S. 2 GO GBA.

<sup>710</sup> § 94 Abs. 2 S. 1 SGB V; Kap. 1 § 7 Abs. 3 S. 1 VerfO GBA; § 17 Abs. 1 S. 4 GO GBA; siehe auch § 92 Abs. 3a S. 3 SGB V. Zwar werden die tragenden Gründe nicht gemeinsam mit den beschlossenen Normen im Bundesanzeiger veröffentlicht; doch ist dort zumindest auf die Internetfundstelle hinzuweisen, an der sie eingesehen werden können, siehe § 94 Abs. 2 SGB V.

<sup>711</sup> Siehe dazu nur *R. Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 94 SGB V Rn. 6.

<sup>712</sup> Kap. 2 § 16 VerfO GBA sowie § 8 MBVerfV.

<sup>713</sup> *P. Axer*, GesR 2013, S. 211 (214).

Gerichten ermöglicht, die Einhaltung prozeduraler Vorgaben zu überprüfen, tragen sie folglich – im Sinne der oben skizzierten kompensatorischen Rechtsschutzfunktion – dazu bei, dass die gerichtliche Kontrolle des GBA nicht vollständig leerläuft. Und *Christian Waldhoff* äußert die Vermutung, dass das Interesse an Begründungspflichten des GBA von der Vorstellung getragen sei, über Begründungen lasse sich die prekäre demokratische Legitimation der Rechtsetzung durch den GBA kompensieren.<sup>714</sup>

*e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Dokumentations- und Begründungspflichten*

Für welche konkreten Defizite beanspruchen Dokumentations- und Begründungspflichten demnach auf welche spezifische Weise Ausgleich zu leisten? Wo die Verwaltung über Letztentscheidungsbefugnisse verfügt, bemühen sie sich erstens, die infolgedessen eingeschränkte Kontrollfunktion des materiellen Gesetzesrechts zu kompensieren, indem sie die Entscheidungsgrundlagen nachvollziehbar festhalten, auf deren zutreffende Ermittlung und Bewertung sich die gerichtliche Kontrolle konzentriert. Indem sie die Behörde zwingen, sich Grundlagen und Gründe ihrer Entscheidung vor Augen zu führen, versuchen sie eine rechtswahrende Berücksichtigung aller relevanten Belange zu gewährleisten, die zweitens auch auszugleichen beansprucht, dass das materielle Recht die ihm zugeordnete Be- bzw. Abgrenzungsfunktion nicht umfassend erfüllt. Drittens zielen sie auf diese Weise zugleich darauf ab, sachwidrige und willkürliche Entscheidungen zu vermeiden und so den Einschränkungen entgegenzuwirken, die sich im Hinblick auf die Gleichheitsfunktion der materielle Gesetzesdirektiven aus behördlichen Entscheidungsspielräumen ergeben. Für die Öffentlichkeit machen Begründungen behördliche Entscheidungen zudem rückwirkend kontrollierbar und zukünftig vorhersehbar(er). Angesichts dessen beanspruchen sie viertens, Schwächen der gesetzlichen Legitimations- und schließlich fünftens auch solche der Orientierungsfunktion des materiellen Rechts auszugleichen.

*6. (Vorab-)Benachrichtigungspflichten*

Eine Sonderform der Kompensation durch Verfahren stellen die speziellen Benachrichtigungspflichten dar, die das Verwaltungsrecht für Situationen vorsieht, in denen die Bekanntgabepflicht des § 41 Abs. 1 (L)VwVfG keine Anwendung findet oder in denen sie nicht genügt, um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Allerdings bilden Verteilungsverfahren, wie sie das Vergaberecht regelt (dazu lit. a), und verdeckte Eingriffsmaßnahmen der Polizei (dazu lit. b) die wohl einzigen Anwendungsbeispiele hierfür.

<sup>714</sup> C. Waldhoff, *GesR* 2013, S. 197 (205 f.).

## a) Vergaberecht

Für die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte verlangt § 134 Abs. 1 GWB, dass die Vergabestelle die unterlegenen Bieter rechtzeitig vor Erteilung des Zuschlags darüber informiert, welcher Konkurrent den Zuschlag erhalten und wann der Vertragsschluss mit diesem frühestens erfolgen soll.<sup>715</sup> Hintergrund dieser zunächst in der Rechtsprechung entwickelten<sup>716</sup> Vorabinformationspflicht ist die vergaberechtliche Entscheidung für die Stabilität der einmal getroffenen Auswahlentscheidung: Ist der Zuschlag erteilt, ist dessen Aufhebung selbst in einem anschließenden Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen.<sup>717</sup> Nach Vertragsschluss bleiben die erfolglosen Konkurrentinnen und Konkurrenten daher auf den haftungsrechtlichen Sekundärrechtsschutz verwiesen.<sup>718</sup> Die empfindlichen Rechtsschutzdefizite, die hierdurch zu entstehen drohen, sucht die Vorabinformationspflicht auszugleichen.<sup>719</sup> Sie bezweckt, den unterliegenden Bieterinnen und Bieterinnen die für die rechtzeitige Einleitung gerichtlichen Eilrechtsschutzes nötigen Informationen zur Verfügung zu stellen, um auf diese Weise „[d]as durch die Unwiderruflichkeit der vollzogenen Verteilungsentscheidung begründete Rechtsschutzdilemma [zu] kompensier[en]“.<sup>720</sup>

## b) Polizeirecht

Im Zusammenhang mit Maßnahmen der verdeckten Datenerhebung sind derartige Benachrichtigungspflichten auch im Polizeirecht verbreitet.<sup>721</sup> Über

<sup>715</sup> Zu den entsprechenden Begründungspflichten bereits oben § 3 IV 5 a) aa); eingehend zur Vorabinformationspflicht *M. H. Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005. Entsprechende Vorabinformationspflichten sind auch für andere Verteilungsverfahren charakteristisch, siehe *H. C. Röhl*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 20; *A. Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 277 (307); *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 312 f., 625 ff.

<sup>716</sup> BKartA (VK Bund), NZBau 2000, S. 53 (55 f.).

<sup>717</sup> So ausdrücklich § 168 Abs. 2 S. 1 GWB; kritisch zum Stabilitätsdogma etwa *U. Stelkens*, NZBau 2003, S. 654 (658 ff.).

<sup>718</sup> *M. Dreher/J. Hoffmann*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 134 GWB Rn. 12; *M. Kling*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 6. Aufl. 2021, § 134 GWB Rn. 8.

<sup>719</sup> Vgl. zum Zweck, effektiven Primärrechtsschutz zu gewährleisten, etwa *M. Dreher/J. Hoffmann*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 134 GWB Rn. 12; *M. Kling*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 6. Aufl. 2021, § 134 GWB Rn. 6; *P. Mentzini*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 134 GWB Rn. 2.

<sup>720</sup> *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 255; Berufung auf den Kompensationsgedanken auch bei *H. Kaelble*, Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, 2008, S. 173.

<sup>721</sup> Vgl. *D. Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016, S. 68 ff.

Grundrechtseingriffe, die die Polizei heimlich vornimmt, muss sie die Betroffenen demnach zumindest nachträglich unterrichten, sobald der Zweck der Maßnahme hierdurch nicht mehr gefährdet wird.<sup>722</sup> Die Funktion dieser Informationspflicht besteht auch hier darin, es der oder dem Betroffenen durch die nachträgliche Kenntnissgabe zu ermöglichen, gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Maßnahme zu suchen.<sup>723</sup> Ähnlich wie im Vergaberecht ist die Benachrichtigungspflicht so zum einen darauf gerichtet, ein Rechtsschutzdefizit auszugleichen, das für die Betroffenen im Hinblick auf verdeckte polizeiliche Maßnahmen andernfalls bestünde.<sup>724</sup> Zum anderen verbindet sich mit der Pflicht zur Benachrichtigung zuweilen aber auch die Hoffnung, die Polizei werde im Wissen um eine „drohende“ nachträgliche Gerichtskontrolle die rechtlichen Grenzen gewissenhafter beachten und von willkürlichen Entscheidungen absehen.<sup>725</sup> Damit klingt auch eine eigenständige Rechtsschutz- und Gleichheitsfunktion an, die im Rahmen der (Auslegungs-)Spielräume der gesetzlichen Grundlagen auch deshalb kompensatorische Bedeutung entfalten kann, weil der gerichtliche Rechtsschutz hier stets zu spät kommt, um eventuelle Rechtsverletzungen zu verhindern.

### c) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch (Vorab-)Benachrichtigungspflichten

Auch Pflichten zur (Vorab-)Benachrichtigung der Betroffenen zählen demnach zum Kanon prozeduraler Kompensationsinstrumente. Sie nehmen hier aller-

<sup>722</sup> So etwa in in §§ 25 Abs. 7, Abs. 7a, 25a Abs. 13 BlnASOG, § 86 Abs. 1, Abs. 3 PolG BW, Art. 31 Abs. 4 S. 3, 50 Abs. 1 BayPAG, § 33 Abs. 1, Abs. 2 PolG NRW, §§ 28 Abs. 3 S. 3, 48 Abs. 1 POG Rhl-Pf, § 42 Abs. 5 SächsPolG; für Fälle geringer Eingriffsintensität einschränkend hingegen BVerfGE 155, 119 (226).

<sup>723</sup> J. Nusser, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, § 49 Rn. 62; T. Schwabenbauer, in: Liskan/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Abschn. G Rn. 314; ders., Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 385 ff.; U.-I. von der Grün, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, § 50 Rn. 53.

<sup>724</sup> Vgl. VerfGH Sachsen, LKV 1996, 273 (287), auch zur Qualifikation als Kompensationsinstrument; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, S. 843 (844); ferner V. Bartsch, Rechtsvergleichende Betrachtung präventiv-polizeilicher Videoüberwachungen öffentlich zugänglicher Orte in Deutschland und in den USA, 2004, S. 226 f., 232: „verfahrensrechtlicher Ausgleich“ von (Grund-)Rechtsschutzdefiziten; I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 265 f., die meint, die Benachrichtigungspflicht sei zwar „kein verfahrensrechtliches Kompensationsmittel“, könne aufgrund dieser Rechtsschutzfunktion aber „als materiell geprägtes Mittel kompensierend wirken“ (ebd., S. 266). Kritisch zum diesbezüglichen Kompensationsanspruch aber M. Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 222 f.

<sup>725</sup> J. Nusser, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, § 49 Rn. 62; explizit anders I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 266: „ohne nennenswerten Einfluss auf die Entscheidungsfindung der Behörde“.

dings eine Sonderstellung ein. Sie reagieren nicht auf strukturelle Schwächen, die dazu führten, dass das materielle Gesetzesrecht die ihm zugeordneten Funktionen nur eingeschränkt erfüllt. Stattdessen sollen sie Ausgleich dafür leisten, dass das materielle Recht aufgrund inhaltlicher Festlegungen den gerichtlichen Rechtsschutz beschränkt. Jenseits von Verteilungsverfahren und Polizei- und Sicherheitsrecht finden sie sich denn auch nicht.

### 7. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten

In Rechtsgebieten, deren Realbereich stark veränderungsanfällig ist und denen es an verlässlichem und stabilem Regelungswissen fehlt, verbindet sich die Hoffnung, Verfahrensvorgaben könnten die Schwäche materiell-rechtlicher Gesetzesvorgaben ausgleichen, auch mit Beobachtungs- und Überprüfungspflichten.<sup>726</sup> In inhaltlicher Hinsicht geben sie der Verwaltung auf, ihre Entscheidungen fortlaufend oder zumindest periodisch im Blick zu behalten und sie im Lichte aktueller Entwicklungen und Erkenntnisse einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten ergänzen sich dabei: Während die Pflicht zur Überprüfung die (Re-)Evaluation der einmal getroffenen Entscheidung und der ihr zugrundeliegenden Annahmen verlangt, sind Beobachtungspflichten darauf gerichtet, Veränderungen im rechtlichen und tatsächlichen Umfeld der Entscheidung zu verfolgen und auf diese Weise insbesondere Wissen über Entscheidungswirkungen und wissenschaftliche Erkenntnisfortschritte zu generieren, das sodann die Grundlage für die erforderliche Überprüfung der Entscheidung bildet.<sup>727</sup>

Dass Beobachtungs- und Überprüfungspflichten damit die Frage nach der Angemessenheit einmal getroffener Entscheidungen dauerhaft präsent halten, ist von der Erkenntnis getragen, dass die Schwierigkeiten, die dem Gesetzgeber eine lückenlose materielle Steuerung des Verwaltungshandelns erschweren,

<sup>726</sup> Zu administrativen Beobachtungspflichten als Form prozeduraler Kompensation etwa *K. Herzmann*, DVBl. 2007, S. 670 (672 f.); *K.-H. Ladeur*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 111 (137); *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 263; interessanterweise ist die Kompensationsthese für legislative Beobachtungspflichten stärker verbreitet, siehe dazu noch unten § 3 V 5.

<sup>727</sup> In Rechtsprechung und Schrifttum hat sich diesbezüglich indes noch kein klarer Sprachgebrauch ausgebildet. Unklarheit besteht insbesondere auch im Verhältnis zu verwandten Pflichtenkategorien, wie etwa Monitoringpflichten, siehe *K. Herzmann*, DVBl. 2007, S. 670 (670 f., 673 f.); *A. Windoffer*, VerwArch 102 (2011), S. 343 (346) etwa verwendet die Begriffe „Monitoring“, „Beobachtung“ und „Überwachung“ offenbar gleichbedeutend; zum Monitoring auch *J. Bovet/M. Hanusch*, DVBl. 2006, S. 1345 (1345). – Regelmäßig ergänzt werden Beobachtungs- und Überprüfungspflichten durch Anpassungspflichten, die allerdings nicht als prozedurale Pflichten zu qualifizieren sind und daher im Folgenden außer Acht bleiben.

auch vor der Verwaltung nicht Halt machen.<sup>728</sup> Ebenso wie gesetzgeberische Prognosen können sich auch administrative Einschätzungen als falsch herausstellen, weil sich das ihnen zugrunde gelegte Regelungswissen als unvollständig oder gar falsch erweist und die zugrunde gelegten Tatsachenannahmen durch Veränderungen des Realbereichs überholt werden. Ausgehend hiervon institutionalisieren Beobachtungspflichten einen behördlichen Lernvorgang,<sup>729</sup> der unmittelbar darauf reagiert, dass auch Verwaltungsentscheidungen angesichts der „zunehmende[n] Veränderungsanfälligkeit tatsächlicher und rechtlicher Umstände“ unter Vorbehalt stehen,<sup>730</sup> der Verwaltung aber – anders als dem Gesetzgeber – nicht die Option zur Verfügung steht, auf vage und offene Vorgaben auszuweichen, die eine inhaltlich abschließende Entscheidung schlicht delegieren und damit vertagen.<sup>731</sup>

Freilich können derartige Lernprozesse ihren Zweck nur dann erfüllen, wenn die gesetzlichen Bindungen der Behörde Raum dafür lassen, die eigene Entscheidung im Lichte des Gelernten zu revidieren. Neben Regelungen, die die Bestandskraft behördlicher Entscheidungen relativieren,<sup>732</sup> setzt das vor allem voraus, dass die Verwaltung über einen Entscheidungsspielraum verfügt, der die ursprünglich getroffene Entscheidung nicht als alternativlos erscheinen lässt. Eine Kompensationsfunktion wird Beobachtungspflichten denn auch nur – aber auch gerade – dort zugeschrieben, wo behördliche Entscheidungsspielräume bestehen: „Ein solcher behördlicher Spielraum, der gegebenenfalls nicht voll gerichtlich überprüfbar ist, wird gewissermaßen durch erhöhte Anforderungen an eine ‚systematische Beobachtung‘ kompensiert.“<sup>733</sup> Worin genau dieser Spielraumausgleich besteht, wird dabei selten präzisiert. Doch im Lichte der skizzierten Funktionslogik erschließt sich, dass insofern zwei Dimensionen von Bedeutung sind: Zum einen verstetigen Beobachtungspflichten

<sup>728</sup> Vgl. *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 266f.; *A. Scherzberg*, VVD-StRL 63 (2004), S. 214 (244).

<sup>729</sup> Eingehend *M. Seckelmann*, Evaluation und Recht 2018, S. 190ff.

<sup>730</sup> *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 260; vgl. auch *K.-H. Ladewig*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 21 Rn. 52.

<sup>731</sup> Eine Ausnahme bildet insofern das Institut des vorläufigen Verwaltungsakts, siehe aus dem umfangreichen Schrifttum dazu etwa *P. Axer*, DÖV 2003, S. 271; *U. Di Fabio*, DÖV 1991, S. 629; *J. Eschenbach*, DVBl. 2002, S. 1247; *K. Kemper*, DVBl. 1989, S. 981; *F.-J. Peine*, DÖV 1986, S. 849; *U. J. Schröder*, JURA 2010, S. 255; vgl. ferner *J. Lücke*, Vorläufige Staatsakte, 1991, S. 17ff., 139ff.

<sup>732</sup> Zur Notwendigkeit derartiger Reversibilitätsregelungen nur *W. Hoffmann-Riem*, AöR 119 (1994), S. 590 (615ff.); *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 260f.; *R. Wahl/I. Appel*, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (37f.); *G. Winter*, Grundprobleme des Gentechnikrechts, 1993, S. 52ff.

<sup>733</sup> *K. Herzmann*, DVBl. 2007, S. 670 (672f.); ebenso auch die übrigen Nachweise in Fn. 724. Vgl. ferner *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 379: „Aus dem Charakter der gesetzlichen Beurteilungsermächtigung folgt [...] eine ständige Beobachtungs- und Anpassungspflicht der Exekutive.“

die Wissensgenerierung, um aufzufangen, dass das materielle Recht das erforderliche Regelungswissen nicht bereithält, sondern der Verwaltung gerade dort Spielräume belässt, wo sich der Gesetzgeber angesichts fehlender oder instabiler Wissensbestände außer Stande sieht, eine abschließende Regelung zu treffen. Auszugleichen versuchen Beobachtungspflichten somit einerseits, dass die gesetzlichen Direktiven angesichts ausgedünnter Wissensbestände ihre Entlastungsfunktion nur noch eingeschränkt erfüllen.

Zum anderen institutionalisieren Beobachtungspflichten eine Selbstkontrolle behördlicher (Prognose-)Entscheidungen, um auszugleichen, dass die Gefahr behördlicher Fehleinschätzungen und das korrespondierende Interesse an Korrekturen in dem Maße zunimmt, in dem die Determinationskraft gesetzlicher Vorgaben nachlässt. Wo das materielle Recht das Verwaltungshandeln lediglich final steuert, kann sich die Prognose darüber, wie das vorgegebene Ziel zu erreichen ist, im Nachhinein als irrig und korrekturbedürftig erweisen. Und auch dort, wo Merkmale des gesetzlichen Tatbestands wertende Urteile auf ungewisser Tatsachenbasis verlangen, droht die Fehlbarkeit behördlicher Einschätzungen die Effektivität der gesetzlich intendierten Gestaltung zu gefährden. Vor diesem Hintergrund zielen Beobachtungspflichten auch darauf, die zurückgenommene Steuerungs- und Kontrollfunktion der gesetzlichen Vorgaben auszugleichen, indem sie die Aufmerksamkeit der Verwaltung auf die Frage lenken, ob deren Entscheidungen in Spielraumkonstellationen das gesetzlich vorgegebene Ziel erreichen und sich die von ihnen getroffenen Konkretisierungen offener Tatbestandsmerkmale auch im Lichte neu gewonnener Erkenntnisse halten lassen.<sup>734</sup>

#### a) Öffentliches Wirtschaftsrecht

Von den hier diskutierten Bereichen des öffentlichen Wirtschaftsrechts enthalten vor allem das Telekommunikationsregulierungs- (dazu lit. aa) und das Personenbeförderungsrecht (dazu lit. bb) Beobachtungs- bzw. Überprüfungspflichten. Im Vergaberecht macht die Unantastbarkeit des einmal erteilten Zuschlags Beobachtungspflichten hingegen obsolet.<sup>735</sup>

<sup>734</sup> In diese Richtung deutet auch der Hinweis von C. Quabeck, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, S. 261 f., Beobachtungspflichten dienen der „prozedurale[n] Gewährleistung gesetzmäßiger Zustände“ (Zitat auf S. 262). Das ist indes für all die Fälle einzuschränken, in denen sich die Gesetzmäßigkeit prognostischer Entscheidungen aus der *ex ante*- und nicht aus der *ex post*-Perspektive beurteilt. Denn hier führen Fehleinschätzungen nicht stets zur Rechtswidrigkeit. Prozedural gewährleistet wird in diesen Fällen stattdessen, dass das gesetzgeberisch verfolgte Gestaltungsziel erreicht wird – unabhängig davon, ob sich die ursprüngliche Entscheidung deshalb als rechtswidrig oder rechtmäßig erweist.

<sup>735</sup> Vgl. § 168 Abs. 2 S. 1 GWB, der die Aufhebung eines wirksam, aber rechtswidrig erteilten Zuschlags selbst im gerichtlichen Nachprüfungsverfahren ausschließt.

## aa) Telekommunikationsregulierungsrecht

Beobachtungspflichten sind im Rahmen des Regulierungsrechts insbesondere aus dem Bereich der Energiewirtschaft bekannt, für den § 35 EnWG die BNetzA zu einem umfassenden Monitoring verpflichtet. Im Telekommunikationsregulierungsrecht finden sich vergleichbar ausführliche Vorgaben zwar nicht. Doch sieht auch das TKG eine Überprüfungspflicht vor, die der BNetzA aufgibt, Marktdefinition und -analyse erneut durchzuführen, wenn sie von Tatsachen erfährt, die nahelegen, dass die bisherigen Definitions- und Analyseergebnisse „nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen“.<sup>736</sup> Ergänzt wird dies durch die Pflicht, Marktdefinition, -analyse und Regulierungsverfügungen im Turnus von spätestens fünf Jahren auch anlassunabhängig zu überprüfen.<sup>737</sup> Und auch die EU-Kommission hat die von ihr erlassenen Märkteempfehlungen einer regelmäßigen Prüfung zu unterziehen.<sup>738</sup> Ergeben sich dabei Änderungen, ist auch die nationale Marktdefinition entsprechend anzupassen.<sup>739</sup>

Ganz im Sinne der einleitend angestellten Erwägungen wird die Funktion dieser Überprüfungspflichten gemeinhin darin gesehen, der Dynamik der Telekommunikationsmärkte Rechnung zu tragen.<sup>740</sup> Die Überprüfung der behördlichen Entscheidungen soll gewährleisten, dass die Marktregulierung den sich wandelnden Marktgegebenheiten entspricht und sich infolgedessen „auch weiterhin rechtfertigen lässt“.<sup>741</sup> Da es gerade den Sinn von Regulierungsmaßnahmen ausmacht, gestaltend auf die Marktsituation einzuwirken, wohnt der Überprüfung durch die BNetzA auch ein Element der (Eigen-)Erfolgskontrolle inne. Indem sie sichtbar macht, inwiefern bereits getroffene Regulierungsmaßnahmen zur Herstellung wirksamen Wettbewerbs beigetragen haben, gleicht sie die Wissens- und Steuerungsdefizite aus, die sich daraus ergeben, dass das Ge-

<sup>736</sup> § 15 Abs. 1 S. 1 TKG. Eine Pflicht, geänderte Tatsachen kontinuierlich zu ermitteln, besteht indes nicht, siehe *S. H. Korehnke/F. Ufer*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 14 Rn. 4; *H. Gersdorf*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 14 Rn. 10). Hingegen soll „das Wissen um Quellen, aus denen die Tatsachenkenntnis in zumutbarer Weise und ohne besondere Mühe gewonnen werden kann, eine Ermittlungspflicht [...] auslösen“, so *U. Geers/M. Petersen*, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 3.

<sup>737</sup> § 15 Abs. 3 S. 1 TKG; siehe aber auch die Möglichkeit der begründeten Fristverlängerung um ein weiteres Jahr nach § 15 Abs. 3 S. 2–4 TKG.

<sup>738</sup> Art. 15 Abs. 1 UAbs. 2 Richtlinie 2002/21/EG.

<sup>739</sup> § 14 Abs. 4 TKG; insofern setzt sich die allgemeine Pflicht der BNetzA fort, die Märkteempfehlungen bei der Marktdefinition „weitestgehend“ zu berücksichtigen, siehe § 10 Abs. 2 TKG.

<sup>740</sup> *U. Geers/M. Petersen*, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 2; *H. Gersdorf*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 14 Rn. 3.

<sup>741</sup> *H. Gersdorf*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 14 Rn. 3.



setz der BNetzA nur das Ziel vorgibt, die Bedingungen wirksamen Wettbewerbs zu gewährleisten, sie im Hinblick auf die Frage, mit welchen Regulierungsmaßnahmen dieses zu erreichen ist, aber nicht anleitet.

#### *bb) Personenbeförderungsrecht*

Das öffentliche Personenbeförderungsrecht sieht Beobachtungspflichten im Zusammenhang mit der Erteilung von Konzessionen für den Taxenverkehr vor. Bevor die Genehmigungsbehörde über neue Genehmigungsanträge entscheidet, „soll“ sie, so formuliert es § 13 Abs. 4 S. 3 PBefG, „einen Beobachtungszeitraum einschalten“. Den Hintergrund dieser Beobachtungsverpflichtung bildet § 13 Abs. 4 S. 1 PBefG, der vorsieht, dass eine Taxenverkehrsgenehmigung dann nicht erteilt werden darf, wenn andernfalls die Funktionsfähigkeit des örtlichen Taxengewerbes gefährdet wäre. Angesichts dessen erfordert die Genehmigungsentscheidung eine Prognose darüber, „welche Zahl neuer Taxen das örtliche Taxengewerbe ‚verträgt‘“. <sup>742</sup> Da aber auch die Verwaltung häufig im Ungewissen darüber ist, wie sich die von ihr erteilten Genehmigungen auf die Wettbewerbssituation auswirken, weist das PBefG der Genehmigungsbehörde „die Aufgabe [zu], die Entwicklung in diesem Bereich des öffentlichen Verkehrs sorgfältig zu beobachten“. <sup>743</sup> Die Beobachtungspflicht wirkt damit einerseits dem Missstand entgegen, dass das Gesetz keine Auskunft darüber gibt, wie viele Taxenkonzessionen ohne Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen erteilt werden können. Erst der tastend-schrittweise Wechsel aus Erteilung einer zunächst begrenzten Anzahl von Beförderungsgenehmigungen und anschließender Folgenbeobachtung ermöglicht es der Verwaltung, sich das entsprechende Wissen zumindest annäherungsweise selbst zu erschließen. Die Ergebnisse der Beobachtung tragen so zugleich dazu bei, die mit dem Verweis auf die Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes nur vage umschriebenen Handlungsdirektiven situationsspezifisch zu konkretisieren. Die Beobachtungspflicht des PBefG versucht folglich nicht nur auszugleichen, dass das materielle Recht seine Funktion als entlastender Informations- und Erfahrungsspeicher nur eingeschränkt wahrnimmt, sondern sie zielt zugleich darauf ab, auch die Steuerungsschwäche der gesetzlichen Zielvorgabe aufzufangen.

#### *b) Polizeirecht*

Angesichts der Tatsache, dass polizeirechtliche Eingriffe im Bereich der Kriminalitätsvorsorge auf prognostischen Einschätzungen über künftige Straftaten beruhen, erstaunt es nicht, dass das Polizeirecht vor allem in diesem Bereich das

---

<sup>742</sup> BVerwG, NJW 1990, S. 1376 (1377); vgl. bereits BVerwG, VerwRspr 1967, S. 219 (219 ff.).

<sup>743</sup> BVerwG, NJW 1990, S. 1376 (1377).

für Beobachtungspflichten typische Interesse an einer Temporalisierung<sup>744</sup> behördlicher Entscheidungen teilt. Explizite Beobachtungs- und Evaluationspflichten richtet es dennoch einzig an den Gesetzgeber, dem damit aufgegeben wird, seine Entscheidung für die Einführung bestimmter Eingriffsbefugnisse regelmäßig zu überdenken.<sup>745</sup> Ein funktionales Pendant findet sich im Hinblick auf konkrete polizeiliche Eingriffsmaßnahmen allenfalls insofern, als die Polizeigesetze der Länder vielfach eine zwingende Befristung von Eingriffsmaßnahmen vorsehen und eine Verlängerung daran knüpfen, dass die Anordnungsvoraussetzungen fortbestehen.<sup>746</sup> Insbesondere im Hinblick auf Maßnahmen, deren Anordnung unter Behördenleiter- oder Richtervorbehalt steht, zwingt die Notwendigkeit, den Verlängerungsantrag zu begründen, die Polizei, die Maßnahme erneut zu überprüfen. Ohne Ermittlungen dazu, ob sich die Prognosegrundlagen in entscheidender Hinsicht verändert haben, gelingt eine solche Überprüfung nicht.

### c) Umweltrecht

#### aa) Immissionsschutzrecht

Im Immissionsschutzrecht zeigt sich besonders deutlich, dass Beobachtungs- und Überprüfungspflichten auf die Dynamik der einem Sachbereich zugrundeliegenden Wissensbestände reagieren und dazu beitragen sollen, die in der Folge gesetzgeberischer Wissenslücken entstehenden Leerstellen des Gesetzes auszufüllen.<sup>747</sup> Strukturell ist das Immissionsschutzrecht dabei deshalb interessant, weil es – ähnlich wie das Telekommunikationsregulierungsrecht – Beobachtungs- und Überprüfungspflichten der nationalen Verwaltung mit solchen auf europäischer Ebene ergänzt und verzahnt. So haben die nationalen Genehmigungsbehörden nach den Vorgaben des BImSchG bereits erteilte Genehmigungen „regelmäßig“ sowie insbesondere dann zu überprüfen und ggfs. durch nachträgliche Anordnungen „auf den neuesten Stand zu bringen“, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass entgegen der ursprünglichen Prognose doch schädliche Umwelteinwirkungen von den betroffenen Anlagen ausgehen können, der Schutz der Nachbarschaft und Allgemeinheit also nicht ausreicht, oder sich die Emissionen einer Anlage durch zwischenzeitlich eingetretene techni-

<sup>744</sup> C. Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 260.

<sup>745</sup> Ausführlich dazu M. Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 181 ff.; siehe ferner I. Bonin, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 259 ff.

<sup>746</sup> Siehe etwa §§ 30 Abs. 4, 31 Abs. 6 S. 2, S. 3, 49 Abs. 6 S. 3, S. 4 PolG BW, §§ 26 Abs. 4 S. 11, S. 12, 29c S. 2 BlnASOG, §§ 16a Abs. 2 S. 2, S. 3, 17 Abs. 2 S. 2, 18 Abs. 2 S. 2, S. 4 PolG NRW, §§ 12a S. 2, S. 3, 34 Abs. 4 S. 2, S. 3, 35 Abs. 2 S. 3, S. 4 POG Rhl-Pf.

<sup>747</sup> Zu dieser Erwägung allgemein bereits oben § 3 IV 7.

sche Neuerungen erheblich reduzieren ließen.<sup>748</sup> Unterstützung erhalten die Genehmigungsbehörden bei dieser Beobachtungsaufgabe zunächst von den Anlagenbetreibern, die – sofern sie dem Anwendungsbereich der Industrie-Emissions-Richtlinie<sup>749</sup> unterfallen – im Jahresrhythmus über Art und Menge sowie die räumliche und zeitliche Verteilung der von ihrer Anlage ausgehenden Luftverunreinigungen Bericht erstatten müssen.<sup>750</sup> Sehr vereinzelt wird darüber hinaus gar angenommen, die Anlagenbetreiber seien angesichts des dynamischen Charakters der immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten auch selbst zur „laufende[n] Beobachtung der wissenschaftlichen Entwicklungen“ verpflichtet, um auf deren Grundlage ihre Schutzvorkehrungen an den Stand der Technik anzupassen.<sup>751</sup> Die Industrie-Emissions-Richtlinie sieht insofern hingegen ebenfalls die Genehmigungsbehörden in der Verantwortung. Um sicherzustellen, dass diese über das zur Erfüllung ihrer Aktualisierungsaufgabe erforderliche Wissen verfügen, verpflichtet sie die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, „dass die zuständige Behörde die Entwicklungen bei den besten verfügbaren Techniken [...] verfolgt“.<sup>752</sup> Die EU-Kommission gibt dabei freilich Hilfestellung, indem sie den Stand der technischen Entwicklung in Merkblättern zur besten verfügbaren Technik (sog. BVT-Merkblätter) resümiert und diese im Austausch mit den Mitgliedstaaten, Industrievertretern und Nichtregierungsorganisationen aus dem Bereich des Umweltschutzes regelmäßig überprüft und ggfs. aktualisiert.<sup>753</sup> Auf die nationalen Vorgaben wirkt diese Beobachtung auf europäischer Ebene insofern zurück, als Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen, die den Stand der Technik im nationalen Recht konkretisieren, an die zentralen Elemente der BVT-Merkblätter (die sog. BVT-Schlussfolgerungen)<sup>754</sup> anzupassen sind.<sup>755</sup> Ob die Bundesregierung allerdings auch jenseits dieser unionsrechtlichen Einwirkungen die Pflicht trifft, die technische und wissenschaftliche Entwicklung zu beobachten und auf dieser

<sup>748</sup> § 52 Abs. 1 S. 3, 4 Nr. 1, 2 BImSchG.

<sup>749</sup> Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010, ABl. L 334 v. 17.12.2010, S. 17.

<sup>750</sup> § 27 Abs. 1 S. 1 BImSchG sowie dazu *C. Sabm*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, § 27 BImSchG Rn. 4.

<sup>751</sup> *P.-T. Stoll*, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, S. 278 f. Im Übrigen steht das Schrifttum einer entsprechenden Beobachtungspflicht der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ablehnend gegenüber, siehe nur *J. Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 5 BImSchG Rn. 11 (Stand: 73. Erg.-Lfg. August 2014); *H.-D. Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 5 Rn. 2. Vielmehr ist stattdessen streitig, ob die Dynamik der Grundpflichten so weit reicht, dass Änderungen des Stands der Technik auch ohne behördliche Anordnung eine entsprechende Anpassungspflicht der Betreiberin oder des Betreibers auslösen, siehe dazu *J. Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 5 BImSchG Rn. 8 ff. (Stand: 73. Erg.-Lfg. August 2014).

<sup>752</sup> Art. 19 Richtlinie 2010/75/EU.

<sup>753</sup> Siehe Erwägungsgrund 13 sowie Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2010/75/EU.

<sup>754</sup> Erwägungsgrund 13 Richtlinie 2010/75/EU, siehe auch § 3 Abs. 6b BImSchG.

<sup>755</sup> §§ 7 Abs. 1a, 48 Abs. 1a BImSchG.

Grundlage Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften wie etwa die TA Lärm zu überprüfen, wird bislang erstaunlich wenig thematisiert.<sup>756</sup> Soweit die skizzierten Beobachtungs- und Überprüfungspflichten aber reichen, lassen auch sie den eingangs skizzierten Kompensationsgedanken erkennen: Indem sie zur Beobachtung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung sowie der tatsächlichen Auswirkungen genehmigter Anlagen verpflichten, gleichen sie aus, dass das materiell-gesetzliche Entscheidungsprogramm angesichts fehlender oder instabiler Wissensbestände keine abschließenden Vorgaben macht und auch die Entscheidung der Genehmigungsbehörde lediglich auf vorläufigen Wissensbeständen und Prognosen beruht, die sich im Nachhinein als unzutreffend erweisen können.

#### *bb) Gentechnikrecht*

Die Suche nach kompensatorischen Beobachtungspflichten im Gentechnikrecht fördert zunächst die Pflicht zu Tage, Produkte, die aus gentechnisch veränderten Organismen bestehen oder solche enthalten, nach dem Inverkehrbringen zu beobachten, um auf diese Weise möglicherweise unvorhergesehene Auswirkungen auf die durch das GenTG geschützten Rechtsgüter frühzeitig zu erkennen.<sup>757</sup> Doch auch für Freisetzungen gentechnisch veränderter Organismen statuiert das GenTG Beobachtungsvorgaben, wenngleich es diese etwas weniger prominent platziert. So geht mit der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen die Pflicht einher, die im Vorfeld erstellte Risikobewertung sowie die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen „in regelmäßigen Abständen“ zu prüfen und ggfs. zu überarbeiten, und dies darüber hinaus auch dann zu tun, wenn Grund zur „Annahme besteht, dass die Risikobewertung nicht mehr dem neuesten wissenschaftlichen und technischen Kenntnisstand entspricht“.<sup>758</sup> Gerade die turnusmäßige Überprüfungspflicht ist auf eine – zumindest beobachtungsähnliche – (Neu-)Analyse des aktuellen Stands von Wissenschaft und

<sup>756</sup> Siehe aber *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 379, der offenbar für alle normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften eine Beobachtungspflicht annimmt und in der Fußnote insofern beispielhaft auf die TA Luft verweist. Unter Inbezugnahme des Kompensationsgedankens ebenfalls befürwortend *H.-H. Trute*, Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 1989, S. 85 f., 105 ff.; für eine fristgebundene Überprüfungspflicht entsprechender Grenzwertfestsetzungen auch *K. Hansmann*, in: Festschrift für H. Sendler, 1991, S. 285 (301 f.); *H. v. Lersner*, NuR 1990, S. 193 (196).

<sup>757</sup> § 16c GenTG, allerdings besteht diese Beobachtungspflicht lediglich „nach Maßgabe der Genehmigung“; für einen Überblick über Beobachtungsvorgaben im Gentechnikrecht siehe *A. Windoffer*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011, S. 471.

<sup>758</sup> § 6 Abs. 1 GenTG. Siehe in diesem Zusammenhang auch § 15 Abs. 1 Nrn. 4a und 5 GenTG, der vorsieht, dass bereits der Antrag auf Genehmigung einer Freisetzung einen Plan zur Ermittlung der Auswirkung des freizusetzenden Organismus auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt enthalten und die geplanten Überwachungsmaßnahmen beschreiben muss.

Technik angewiesen<sup>759</sup> und kann im Hinblick auf die zu aktualisierende Risikobewertung nicht darauf verzichten, auch die tatsächlichen Folgen einer Freisetzung beständig im Blick zu behalten. Das GenTG trägt dem Rechnung, indem es die Pflicht zur Überprüfung der Risikobewertung um die Vorgabe ergänzt, fortlaufend Aufzeichnungen über die Durchführung von Freisetzungen zu erstellen<sup>760</sup> und dabei ein jedes Vorkommnis zu dokumentieren, das nicht dem erwarteten Verlauf der Freisetzung entspricht und bei dem der Verdacht nicht auszuschließen ist, dass von ihm eine Gefahr für eines der vom GenTG geschützten Rechtsgüter ausgeht.<sup>761</sup> In der Praxis hat es sich zudem etabliert, Freisetzungsgenehmigungen mit der Auflage zu versehen, die Auswirkungen der Freisetzung fortwährend zu beobachten und zu kontrollieren.<sup>762</sup> In all diesen Formen lagern die gentechnikrechtlichen Vorgaben die Pflicht zur Beobachtung und Überprüfung allerdings an die Betreiberinnen und Betreiber aus, die Behörden selbst trifft hingegen keine Beobachtungspflicht. Dass die Beobachtung demnach außerhalb des behördlichen Verfahrens stattfindet, gleicht das GenTG indes dadurch zumindest teilweise aus, dass die von den Betreiberinnen und Betreibern zu erstellenden Aufzeichnungen der zuständigen Behörde auf deren Anfrage vorzulegen sind<sup>763</sup> und die Betreiberinnen und Betreiber auch ohne ausdrückliches Ersuchen der Behörden die Pflicht trifft, neue Informationen über Gesundheits- und Umweltrisiken unverzüglich an die Behörden weiterzuleiten.<sup>764</sup> Die EG-Freisetzungsrichtlinie geht überdies davon aus, dass den Betreiberinnen und Betreibern einer genehmigten Freisetzung die Pflicht aufgegeben wird, der zuständigen Behörde auch ohne konkreten Anlass in „festgelegten Abständen [...] die Ergebnisse der Freisetzung in Bezug auf die Gefahren für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt mitzuteilen“.<sup>765</sup> Wenngleich die Behörde von der Aufgabe der Beobachtung selbst entlastet ist, bleiben ihr die im Wege der Beobachtung erzeugten Informationen so dennoch nicht vorzuenthalten. Schon das zeigt, dass die bereits bekannte (Kompensations-)Logik

<sup>759</sup> Eine entsprechende Pflicht erkennt daher auch *A. Karthaus*, Risikomanagement durch ordnungsrechtliche Steuerung, 2001, S. 231 an.

<sup>760</sup> § 6 Abs. 3 S. 1 GenTG sowie § 1, § 2 Abs. 7 S. 1 GenTAufzV.

<sup>761</sup> § 2 Abs. 5 Nr. 13 GenTAufzV. Nach *J. Junk*, Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England, 2012, S. 181 besteht im Rahmen des sog. Nachzulassungs-Monitorings zudem die Pflicht der Betreiberin oder des Betreibers, der Genehmigungsbehörde jährlich über Entwicklungen und Erkenntnisse einer Freisetzung zu berichten.

<sup>762</sup> *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 70f.; in der Sache befürwortend, aber skeptisch im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit *G. Winter*, Grundprobleme des Gentechnikrechts, 1993, S. 51; vgl. verallgemeinernd zu dieser Strategie *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 145f.; *A. Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 131f.; *R. Wahl/I. Appel*, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (42f.).

<sup>763</sup> § 6 Abs. 3 S. 1 GenTG, § 1 GenTAufzV.

<sup>764</sup> § 21 Abs. 5, 5a GenTG.

<sup>765</sup> Art. 10 S. 1 1. Hs. Freisetzungsrichtlinie Richtlinie 2001/18/EG.

der Wissenserzeugung im Verfahren auch die gentechnikrechtlichen Beobachtungspflichten prägt.<sup>766</sup> Sie erzeugen die Informationen, deren Fehlen die Offenheit der gesetzlichen Vorgaben bedingt, und fungieren in diesem Sinne als „funktionales Äquivalent für eine materielle Programmsteuerung“.<sup>767</sup>

#### d) Gesundheitsrecht

Schließlich kennt auch das Gesundheitsrecht Beobachtungspflichten.<sup>768</sup> Jedenfalls für den hier untersuchten Bereich verortet es diese allerdings nicht auf der Ebene der individuellen krankenversicherungsrechtlichen Leistungsbewilligung, sondern bezieht sie auf die Zwischenebene administrativer Normkonkretisierung. Adressat der Beobachtungspflichten ist folglich nicht der Vertragsarzt, der durch seine Entscheidung sowohl den Leistungsanspruch des Patienten als auch die korrespondierende Leistungspflicht der Krankenkasse abschließend bestimmt, sondern der GBA, dessen Richtlinien die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und den anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse mit Inhalt füllen. Von ihm verlangt die Verfahrensordnung, dass er „überprüf[t], welche Auswirkungen seine Entscheidungen haben[,] und begründeten Hinweisen nachgeh[t], dass sie nicht mehr mit dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse übereinstimmen“.<sup>769</sup> Nach Auffassung des BSG trifft den GBA eine solche Beobachtungspflicht „auch ohne besondere, ausdrückliche Regelung“.<sup>770</sup> Vielmehr unterliege er, wie jeder Normgeber, einer generellen Beobachtungspflicht, nach der er zu „prüfen [habe], ob neue wissenschaftliche Erkenntnisse eine Änderung seiner Entscheidung[en] gebieten“.<sup>771</sup> Wie insbesondere der sechste Senat des BSG annimmt, geht diese generelle Beobachtungspflicht in gleich doppelter Weise über die Vorgaben der VerfO hinaus:<sup>772</sup> Zum einen verlangt sie, dass der GBA nicht nur begründeten Hinweisen nachgeht, sondern die Entwicklung der medizinischen Erkenntnisse proaktiv verfolgt;<sup>773</sup> dass er auf neuere Erkenntnisse nicht aufmerksam gemacht wurde,

<sup>766</sup> Insofern deutlich etwa *K.-H. Ladeur*, NuR 1992, S. 254 (261).

<sup>767</sup> *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 71.

<sup>768</sup> Siehe insbes. Kap. 1 § 7 Abs. 4 VerfO sowie ferner Kap. 8 § 21 VerfO und § 35 Abs. 5 S. 3, § 116b Abs. 4 S. 12, § 137 f Abs. 2 S. 6 SGB V; siehe zur Diskussion insbes. *P. Axer*, KrV 2019, S. 45; *A. Musil*, KrV 2019, S. 53; *N. Schmacke*, KrV 2019, S. 58; *U. Waßer*, KrV 2019, S. 89; *J. Windeler*, KrV 2019, S. 95 sowie in Bezug auf Mindestmengenregelungen knapp auch *F. Hase*, GesR 2012, S. 268 (273).

<sup>769</sup> Kap. 1 § 7 Abs. 4 VerfO GBA.

<sup>770</sup> BSGE 107, 261 (284).

<sup>771</sup> BSGE 107, 261 (284); ebenso BSGE 103, 106 (129f.); BSGE 119, 57 (78); siehe auch *P. Axer*, KrV 2019, S. 45 (46), der auch darauf hinweist, dass die Beobachtungspflicht neben der Eigenschaft als Normgeber auch auf Aufgabe und Funktion des GBA zurückgeführt wird, für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten Gewähr zu leisten.

<sup>772</sup> Dazu *U. Waßer*, KrV 2019, S. 89 (91f.).

<sup>773</sup> BSGE 119, 57 (78).

exkulpiere den GBA folglich nicht.<sup>774</sup> Zum anderen müsse der GBA seine Entscheidungen auch im Hinblick auf Veränderungen ihrer tatsächlichen Grundlagen im Auge behalten. Da Nutzen und Wirtschaftlichkeit medizinischer Leistungen auch von den verfügbaren Vergleichsprodukten abhängen, müsse er auch deren Verfügbarkeit und weitere Entwicklung im Blick behalten.<sup>775</sup>

Die derart konturierte Beobachtungspflicht des GBA steht mit den materiell-rechtlichen Entscheidungsspielräumen des GBA in einer gewissermaßen wechselseitigen Beziehung. Während der Beurteilungs- und Prognosespielraum des GBA einerseits unter Berufung darauf gerechtfertigt und zuweilen gar erweitert wird, dass er als sachnahes Gremium die medizinische Entwicklung ständig im Blick behalte und behalten müsse, soll der GBA andererseits gerade dort „verstärkten“ Beobachtungspflichten unterliegen, wo er Prognoseentscheidungen treffen muss, für die es an verlässlichem Erfahrungswissen fehlt oder deren tatsächliche Grundlagen ungewiss und in hohem Maße veränderlich sind.<sup>776</sup> Die zugrundeliegende These, dass materielle Spielräume auch unter Verweis auf Beobachtungspflichten prozedural verdient werden können, stellt sich auch hier als Kehrseite des Kompensationsgedankens dar.<sup>777</sup> Sie überzeugt nur wenn und insoweit, als Beobachtungspflichten das Fehlen materiell-rechtlicher Entscheidungsdirektiven auszugleichen vermögen. Auch im Gesundheitsrecht stehen Beobachtungspflichten damit folglich im Zeichen der Kompensation durch Verfahren. Sie sind mit der Hoffnung verbunden, Tatsachen- und Erfahrungswissen in die Rechtsanwendung und -konkretisierung einzubeziehen, das das materielle Recht selbst angesichts seiner Offenheit (bewusst) nicht bereitstellt.

*e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Beobachtungs- und Überprüfungspflichten*

Für die leitende Frage, welches konkrete Defizit Beobachtungs- und Überprüfungspflichten auf welche spezifische Weise auszugleichen beabsichtigen, ergibt sich demnach Folgendes: Beobachtungs- und Überprüfungspflichten reagieren darauf, dass das materielle Recht der Verwaltung oftmals gerade dort Spielräume belässt, wo sich der Gesetzgeber angesichts fehlender oder instabiler Wissensbestände außer Stande sieht, eine abschließende Regelung zu treffen. Sie bemühen sich hier einerseits auszugleichen, dass die materiellen Gesetzesvorgaben ihre Entlastungsfunktion nur eingeschränkt erfüllen. Indem sie einen dauerhaften behördlichen Lernprozess institutionalisieren, absorbieren sie die Ungewissheit und Dynamik wissenschaftlicher und technischer Erkenntnisse

<sup>774</sup> So die Folgerung bei *U. Waßner*, KrV 2019, S. 89 (91 f.).

<sup>775</sup> BSGE 119, 57 (78 f.).

<sup>776</sup> *P. Axer*, KrV 2019, S. 45 (48, 52); *U. Waßner*, KrV 2019, S. 89 (92); beide m. Nachw.

<sup>777</sup> Vgl. zum entsprechenden Zusammenhang bereits oben § 3 IV 4 vor a).

und erzeugen das entscheidungsrelevante, aber in den gesetzlichen Vorgaben (noch) nicht gespeicherte Wissen fortlaufend selbst. Da sie der Verwaltung auf diese Weise auch eine nachlaufende (Selbst-)Kontrolle ihrer eigenen Einschätzungen und Prognosen ermöglichen, zielen sie zugleich darauf ab, Steuerungsdefizite der materiellen Gesetzesdirektiven zu kompensieren und die sich aus administrativen Entscheidungsspielräumen ergebenden Einschränkungen der gesetzlichen Kontrollfunktion auszugleichen. Gerade dort, wo auch die Verwaltung zunächst unter Ungewissheitsbedingungen agiert, richten Beobachtungs- und Überprüfungspflichten die behördliche Aufmerksamkeit auf die Frage, ob ihre Entscheidungen den gesetzlichen Vorgaben auch im Lichte der neu gewonnenen Erkenntnisse gerecht werden. Sie konkretisieren auf diese Weise vage Gesetzesvorgaben und zeigen im Falle final strukturierter Tatbestände, ob die behördliche Entscheidung tatsächlich zur Erreichung der gesetzlich vorgegebenen Ziele beiträgt.

### 8. Ergebnis

Die Vorstellung, das Verwaltungsverfahren könne Defizite des materiellen Rechts kompensieren, kann angesichts dieser Ergebnisse als Gemeinplatz der Verwaltungsrechtsdogmatik gelten. In allen hier untersuchten Teilbereichen ist sie verbreitet, und doch belegt die vorstehende Analyse, dass sie einer doppelten Ausdifferenzierung bedarf:

Erstens belegen die vorangegangenen Betrachtungen, dass Kompensation durch Verfahren im Verwaltungsrecht nicht immer mit Schwächen der Präzision oder Intensität materieller Gesetzesbindungen in Zusammenhang steht. Anders als dies in den geläufigen Verweisen auf Offenheit, Unbestimmtheit oder Weite der gesetzlichen Vorgaben sowie auf deren zurückgenommene Regelungs- und Kontrolldichte anklingt, beabsichtigen verwaltungsrechtliche Verfahrensinstrumente zuweilen auch Ausgleich dafür zu leisten, dass sich das materielle Recht aufgrund seiner inhaltlichen Festlegungen als defizitär erweist. Dass etwa die Heimlichkeit polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen oder die Irreversibilität des vergaberechtlichen Zuschlags Rechtsschutzdefizite provozieren, die sich das Verwaltungsrecht auch prozedural zu kompensieren bemüht, hat mit Weite, Vagheit oder Regelungsichte der zugrundeliegenden Normen nichts zu tun. Und auch die Kompetenzeinbußen, die mit den Konzentrationswirkungen bestimmter Zulassungsentscheidungen für die verdrängte Behörde einhergehen, sucht das Verwaltungsrecht durch Verfahren auszugleichen, ohne dass Unbestimmtheit oder Offenheit der fraglichen Gesetzesvorgaben hierfür von Bedeutung wären.

Zweitens hat sich gezeigt, dass selbst in den vielfältigen Konstellationen, in denen der Kompensationsanspruch des Verwaltungsverfahrens mit Schwächen der Präzision oder Intensität materieller Gesetzesbindungen zusammenhängt,



weiter zu unterscheiden ist, weil bestimmt gefasste und engmaschig formulierte Gesetzesdirektiven unterschiedliche Funktionen erfüllen. Doch keines der Verfahrensinstrumente, auf die die Verwaltungsrechtslehre ihre Kompensationshoffnungen setzt, beansprucht alle diese Funktionen zu erfüllen; und keine der auszugleichenden Funktionen wird nur durch eines der Verfahrensinstrumente zu kompensieren versucht. Während so etwa Konzeptpflichten in erster Linie Einschränkungen der Kontroll- und Gleichheitsfunktion des Gesetzes zu nivellieren versuchen, ist die Beteiligung von Expertengremien fast ausschließlich darum bemüht, durch Wissensgenerierung Defiziten im Hinblick auf die Entlastungsfunktion des Gesetzes entgegenzuwirken. Und während etwa die eingeschränkte Kontrollfunktion von Gesetzesbestimmungen, die der Verwaltung einen Entscheidungsspielraum gewähren, nicht nur durch Konzeptpflichten, sondern etwa auch durch Ermittlungs- und Bewertungspflichten sowie durch Beobachtungs- und Überprüfungspflichten auszugleichen versucht wird, bemühen sich sowohl Konzeptpflichten als auch Dokumentations- und Begründungserfordernisse, (auch) der begrenzten Be- bzw. Abgrenzungsfunktion weit gefasster Tatbestände entgegenzuwirken.

Inwiefern sich diese Erkenntnisse auf prozedurale Kompensationen im Gesetzgebungsverfahren übertragen lassen, soll der folgende Abschnitt zeigen.

### V. Typen kompensatorischer Verfahrenselemente im Gesetzgebungsverfahren

Die Vorstellung, auch der Prozess parlamentarischer Gesetzgebung könnte auf Verfahrenselemente angewiesen sein, die einen Ausgleich dafür leisten, dass gesetzgeberische Entscheidungen durch Vorgaben des materiellen Rechts nur schwach determiniert werden, mag auf den ersten Blick gleichermaßen irritieren wie naheliegen. Weshalb sollten materiell-rechtliche Spielräume des Gesetzgebers ein kompensationsbedürftiges Defizit darstellen, wenn die genuine Aufgabe der Gesetzgebung, namentlich die politische Gestaltung, doch eben solche Spielräume voraussetzt?<sup>778</sup> Oder muss andersherum nicht gerade deshalb, weil Gesetzgebung ohne materiell-rechtliche Gestaltungsspielräume nicht auskommt, prozeduralen Vorgaben eine besondere Rolle zukommen?

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung jedenfalls neigt mehr als nur gelegentlich der zweiten dieser Alternativen zu. Zumindest zuweilen hält sie eine Kompensation durch Verfahren folglich auch im Hinblick auf die parlamentarische Gesetzgebung für nötig. Die Anleihen ans Verwaltungsrecht, die sie dabei

---

<sup>778</sup> Die Frage, ob es in den zu besprechenden Fällen wirklich eines Ausgleichs bedarf, behandelt § 5 unten ausführlich.

nimmt, sind unverkennbar.<sup>779</sup> So finden sich beinahe alle der oben für das Verwaltungsverfahren entfalteten kompensatorischen Verfahrenselemente<sup>780</sup> inzwischen auch in der Judikatur des BVerfG und einiger Landesverfassungsgerichte wieder. Als ungeschriebene Verfahrensanforderungen sollen sie den Gesetzgeber auch dort binden, wo explizite Vorgaben im Verfassungstext fehlen, und zwar gerade deshalb, weil sie einen angesichts gesetzgeberischer Spielräume für notwendig gehaltenen Ausgleich leisten. Diese auf die parlamentarische Gesetzgebung fokussierte Seite der Kompensation durch Verfahren aufzuzeigen, unternimmt der folgende Teil. Er beleuchtet, wo und inwiefern auch der Gesetzgeber Konzeptpflichten (dazu 1.) und abwägungstypischen Ermittlungs- und Bewertungspflichten (dazu 2.) unterliegt, wo er Öffentlichkeit und Betroffene einbinden (dazu 3.) und seine Entscheidungen dokumentieren und begründen muss (dazu 4.) und wo ihn die Pflicht trifft, einmal getroffene Gesetzgebungsentscheidungen zu beobachten und zu überprüfen (dazu 5.).

Die Parallelen zur verwaltungsrechtlichen Diskussion, die er dabei aufzeigt, sollen freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Kompensationsgedanke in der verfassungsrechtlichen Diskussion weder gleichermaßen verbreitet ist, noch ebenso selbstverständlich akzeptiert wird, wie das im Verwaltungsrecht der Fall ist. Vielmehr changiert die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zwischen Verfahrenseuphorie und Prozeduralisierungskepsis.<sup>781</sup> Der im Verwaltungsrecht scheinbar ungebrochene Glaube an die Defizitkompensation durch Verfahren ist im Verfassungsrecht also nicht unangefochten. An der grundlegenden Feststellung ändert das indes nichts: Auch im Gesetzgebungsverfahren wird bestimmten prozeduralen Pflichten zuweilen eine Ausgleichsfunktion zugeschrieben.

### 1. Gesetzgeberische Konzepte und Konzeptpflichten

Zu den weniger prominenten, aber doch immer wieder anzutreffenden gesetzgeberischen Verfahrenspflichten mit Kompensationsanspruch zählen gesetzgeberische Konzeptpflichten. Sie finden sich vor allem in Konstellationen, in de-

<sup>779</sup> G. Britz, *Die Verwaltung* 50 (2017), S. 421 (421 ff.); F. Meinel, *Der Staat* 60 (2021), S. 43 (46 ff.); vgl. auch M. Cornils, *DVBl.* 2011, S. 1053 (1058 f.); P. Dann, *Der Staat* 49 (2010), S. 630 (641); J. Nolte, *Der Staat* 52 (2013), S. 245 (251, 255); C. Möllers, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 281 (396 f.); C. Waldhoff, in: *Festschrift für J. Isensee*, 2007, S. 325 (330); vgl. ferner bereits A. Jansen, *Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts*, 1990, S. 189 f.

<sup>780</sup> Siehe oben § 3 IV.

<sup>781</sup> Vgl. beispielhaft G. Britz, *Die Verwaltung* 50 (2017), S. 421 (423 ff.); A. Wieckhorst, *DÖV* 2018, S. 845 (845 ff.); zu den Divergenzen der Rechtsprechung der beiden BVerfG-Senate insofern auch T. Jacob, in: *Modrzejewski/Naumann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 5, 2019, S. 63 (66 ff.); M. Möller, *Spielräume, Prärogativen und Kontrolldichte in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*, 2022, S. 115 ff., insbes. 119.

nen das Grundgesetz es der Legislative überlässt, offene verfassungsrechtliche Grundsätze oder Leistungsansprüche durch eine konkrete zahlenmäßige Bezifferung operationalisierbar zu machen.<sup>782</sup> Die Bestimmung der Höhe des Länderfinanzausgleichs (dazu lit. a), die einfachgesetzliche Konkretisierung des sozialrechtlichen Existenzminimums (dazu lit. b) und die Festlegung von Emissionsgrenzen zum Zwecke des Klimaschutzes (dazu lit. c) ähneln sich insofern. Den Gesetzgeber legen Konzeptpflichten hier auf eine abgestufte Entscheidungsfindung fest, in der zunächst die grundlegenden Maßstäbe, Kriterien oder Verfahren in einem Konzept fixiert werden, um das verfassungsrechtlich Geschuldete anschließend mit deren Hilfe konkret zu beziffern. Funktionell beanspruchen die den Gesetzgeber bindenden Konzepte dabei ähnlich wie ihre verwaltungsrechtlichen Vorbilder, gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen, Willkür zu vermeiden bzw. Gleichheit zu gewährleisten sowie das gesetzgeberische Handeln vorhersehbar zu machen, und zwar gerade deshalb, weil die verfassungsrechtlichen Direktiven zu vage sind, um diese Funktionen selbst zu erfüllen.<sup>783</sup> Auch im Hinblick auf den Gesetzgeber fordern Konzeptpflichten damit eine kompensatorische Selbstprogrammierung ein, die dessen geringe Fremdprogrammierung durch das Verfassungsrecht auszugleichen sucht. Die Ideen von Kompensation und Selbstprogrammierung rücken gesetzgeberische Konzeptpflichten dabei in die Nähe verfassungsrechtlicher Folgerichtigkeitsgebote, wie sie vor allem von verfassungsgerichtlicher Seite immer wieder erhoben werden. Inwiefern auch sie sich als (implizite) Konzeptpflichten verstehen lassen, soll daher abschließend untersucht werden (dazu lit. d).

#### a) *Finanzausgleichsgesetzgebung*

Geradezu mustergültig vorführen lässt sich der kompensatorische Rückgriff auf gesetzgeberische Konzeptpflichten anhand der jüngeren verfassungsgerichtlichen Judikatur im Bereich der Finanzverfassung.<sup>784</sup> So hat das BVerfG im Hinblick auf die grundgesetzlichen Vorgaben zum Länderfinanzausgleich sowie zur Verteilung des Umsatzsteueraufkommens zwischen Bund und Ländern

<sup>782</sup> Dieser Hintergrund ist zutreffend angedeutet bei C. Waldhoff, ZG 15 (2000), S. 193 (219): „Erfordernis, verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zu quantifizieren“; in diese Richtung nun auch M. Morlok, JZ 2023, S. 677 (680).

<sup>783</sup> Vgl. zu den Funktionen administrativer Konzepte oben § 3 IV 2 a).

<sup>784</sup> In der älteren Rechtsprechung zum Länderfinanzausgleich lehnt das BVerfG eine entsprechende Prozeduralisierung indes ausdrücklich ab, siehe BVerfGE 86, 148 (212): „Aus den materiell-rechtlichen Bindungen des Finanzausgleichsgesetzgebers können keine verfahrensrechtlichen Erfordernisse [...] abgeleitet werden. Soweit im Finanzausgleichsgesetz die Höhe bestimmter Berechnungsfaktoren [...] sich nach Maßgabe verlässlicher, objektiver Indikatoren als angemessen erweisen muß (vgl. BVerfGE 72, 330 [415 f.]), kommt es darauf an, ob die gesetzgeberische Entscheidung im Ergebnis diesen Anforderungen genügt. Besondere Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren folgen daraus nicht.“ (Nachweise weggelassen); siehe bereits zuvor BVerfGE 72, 330 (396 f.).

festgestellt, diese enthielten „keine unmittelbar vollziehbaren Maßstäbe“ und seien nur „in unbestimmten Begriffen festgelegt[.]“.<sup>785</sup> Angesichts dessen obliege es dem Gesetzgeber, die offenen Verfassungsdirektiven zunächst in einem ersten Schritt „durch anwendbare, allgemeine, ihn selbst bindende Maßstäbe gesetzlich zu konkretisieren und zu ergänzen“, bevor er dann in einem zweiten Schritt die „konkreten, in Zahlen gefaßten Zuteilungs- und Ausgleichsfolgen“ ableiten und gesetzlich festsetzen dürfe.<sup>786</sup> Ungeachtet der Sonderbarkeit eines den Gesetzgeber selbst bindenden einfachen Parlamentsgesetzes<sup>787</sup> übernimmt so heute das sog. Maßstäbengesetz<sup>788</sup> die Aufgabe der Konzeptbildung,<sup>789</sup> während erst das Finanzausgleichsgesetz<sup>790</sup> in Anwendung der zuvor gesetzlich fixierten Maßstäbe die erforderliche finanzielle Umschichtung mit Zahlen versteht.<sup>791</sup>

Dass sich Konzepte gerade dadurch auszeichnen, dass die in ihnen entwickelten Maßstäbe über den Einzelfall hinaus gelten, äußert sich im Hinblick auf das Maßstäbengesetz darin, dass es „langfristig anwendbare Maßstäbe“ bestimmt;<sup>792</sup> es zielt darauf, dem Finanzausgleich über mehrere Ausgleichszyklen hinweg einen Rahmen zu geben.<sup>793</sup> Wie für Konzepte ebenfalls typisch<sup>794</sup> verlangt das BVerfG zudem, dass die Konzeptbildung auf einer umfassenden Bestandsauf-

<sup>785</sup> BVerfGE 101, 158 (215); ausführlich dazu *S. Koriath*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 62f., 63 ff.

<sup>786</sup> BVerfGE 101, 158 (215); dazu *H. P. Bull/V. Mehde*, DÖV 2000, S. 305 (305): „systemgerechte Normierung in mehreren Stufen“.

<sup>787</sup> Kritisch u. a. *J. Becker*, NJW 2000, S. 3742 (3744f.); *U. Berlit/I. Kesper*, KJ 33 (2000), S. 607 (617f.); *H. P. Bull/V. Mehde*, DÖV 2000, S. 305 (308f.); *P. Helbig*, KJ 33 (2000), S. 433 (444ff.); *H.-G. Henneke*, JURA 2001, S. 767 (772f.); *S. Koriath*, ZG 17 (2002), S. 335 (352f.); *J. Linck*, DÖV 2000, S. 325 (326f.); *B. Pieroth*, NJW 2000, S. 1086 (1087); *H. H. Rupp*, JZ 2000, S. 269 (271); *H.-P. Schneider/U. Berlit*, NVwZ 2000, S. 841 (843f.); *J. Wieland*, DVBl. 2000, S. 1310 (1313); ausführlich zur Möglichkeit gesetzgeberischer Selbstbindung *C. Degenhart*, ZG 15 (2000), S. 79 (86ff.).

<sup>788</sup> Gesetz über verfassungskonkretisierende allgemeine Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzkraftausgleich sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen vom 9.11.2001, BGBl. I S. 2302.

<sup>789</sup> In der – durchaus umfangreichen – Auseinandersetzung mit der Entscheidung des BVerfG wird der Vergleich zu administrativen Konzepten soweit ersichtlich dennoch nirgends bemüht. Vereinzelt werden stattdessen Parallelen zur Idee der Selbstbindung der Verwaltung (so bei *A. Hanebeck*, KJ 33 [2000], S. 262 [268ff.]) oder der Grundsatzgesetzgebung nach Art. 109 Abs. 4 GG gezogen (so etwa bei *P. Helbig*, KJ 33 [2000], S. 433 [436ff.]; *C. Waldhoff*, ZG 15 [2000], S. 193 [211ff.]; ausführlich *W. Weiß*, ZG 16 [2001], S. 210 [222ff.]).

<sup>790</sup> Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern vom 20.12.2001, BGBl. I S. 3955, 3956, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 2.10.2021, BGBl. I S. 4602.

<sup>791</sup> Ob die Vorgaben des BVerfG es wirklich erfordern, Konkretisierung und Anwendung der Maßstäbe in separaten Gesetzen vorzunehmen, wird unterschiedliche beurteilt. Ablehnend etwa *J. Becker*, NJW 2000, S. 3742 (3743f.); befürwortend *T. Kroll*, StuW 2000, S. 45 (75f.).

<sup>792</sup> BVerfGE 101, 158 (215).

<sup>793</sup> Vgl. auch BVerfGE 101, 158 (217f.).

<sup>794</sup> Dazu im Hinblick auf administrative Konzepte bereits oben § 3 IV 2 a).

nahme beruht. Vom Gesetzgeber fordert es, er müsse die verfassungsrechtlichen Vorgaben im Maßstäbengesetz „entsprechend den vorgefundenen finanzwirtschaftlichen Verhältnissen und finanzwissenschaftlichen Erkenntnissen“ konkretisieren.<sup>795</sup> Und auch im Hinblick auf die Funktionen, die sich die Karlsruher Richter von der vorgelagerten gesetzlichen Maßstabskonkretisierung versprechen, zeigt sich der Konzeptcharakter des Maßstäbengesetzes deutlich: Im Sinne von Gleichheitsgewährleistung stelle es sicher, dass „Bund und Länder die verfassungsrechtlich vorgegebenen Ausgangstatbestände in gleicher Weise interpretieren, ihnen gemeinsam dieselben Indikatoren zugrunde legen und damit einen Vergleich der Deckungsbedürfnisse ermöglichen“;<sup>796</sup> im Sinne der Kontrollfunktion mache es Umsatzsteuerverteilung und Finanzausgleich erst „nachvollziehbar und überprüfbar“;<sup>797</sup> und im Sinne der Orientierungsfunktion gewährleiste es „die haushaltswirtschaftliche Planbarkeit und Voraussehbarkeit der finanzwirtschaftlichen Autonomiegrundlagen für den Bund und jedes Land“.<sup>798</sup> Zumindest auf den ersten Blick klingt zudem auch die Entlastungsfunktion der Verfassung an,<sup>799</sup> wenn das BVerfG verlangt, dass die Festlegung der Maßstäbe für Steuerverteilung und Finanzausgleich zeitlich vorgelagert zu erfolgen hat, um sie dem „freien Spiel der politischen Kräfte“<sup>800</sup> zu entziehen und sie auf diese Weise dem politischen Prozess vorzugeben. Dass es dem BVerfG bei dieser zeitlichen Abstufung indes weniger darum geht, den politischen Prozess zu entlasten, als vielmehr darum, die Regelung des Finanzausgleichs inhaltlich an gerechten Maßstäben statt an „aktuelle[n] Finanzierungsinteressen, Besitzstände[n] und Privilegien“<sup>801</sup> auszurichten, deutet nicht zuletzt der Verweis des Gerichts auf *John Rawls’* Schleier des Nichtwissens an.<sup>802</sup> Erfolgt die Maßstababildung für die Verteilung des Steueraufkommens zu einem Zeitpunkt, zu dem sich die Bundesländer noch im Ungewissen darüber befinden, wie sie selbst von diesen betroffen sein werden, so beugt dies der Gefahr vor, dass die Regelung des Finanzausgleichs zu einem – so befürchten die Karlsruher Richter offenbar: ungleichen – Kampf um die je eigenen Finanzinteressen verkommt.<sup>803</sup> Vor der Folie der obigen Verfassungsfunktionen mag man hierin daher eher einen Ausgleich für die fehlende Leitbildfunktion oder Legi-

<sup>795</sup> BVerfGE 101, 158 (215).

<sup>796</sup> BVerfGE 101, 158 (217); die Gleichheitsfunktion der separaten Maßstababildung betont auch *J. Becker*, NJW 2000, S. 3742 (3745).

<sup>797</sup> BVerfGE 101, 158 (216); ausführlich zur Kontrollfunktion des Maßstäbengesetzes *A. Hanebeck*, KJ 33 (2000), S. 262 (270 ff.); siehe auch *W. Weiß*, ZG 16 (2001), S. 210 (227).

<sup>798</sup> BVerfGE 101, 158 (219).

<sup>799</sup> Vgl. zu dieser allgemein oben § 3 III 2 c).

<sup>800</sup> BVerfGE 101, 158 (218).

<sup>801</sup> BVerfGE 101, 158 (218).

<sup>802</sup> Zu diesen rechtsphilosophischen Anleihen kritisch *J. Wieland*, DVBl. 2000, S. 1310 (1312 f.); *J. F. Lindner*, NJW 2000, S. 3757 (3759 f.); zur Kompatibilität mit dem Grundgesetz *V. Heinz*, Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, 2009, S. 340 ff.

<sup>803</sup> Kritisch zu dem darin zum Ausdruck kommenden Misstrauen gegenüber dem politi-

timationsfunktion<sup>804</sup> der Verfassung sehen. Denn sofern sich die Finanzverfassung in vage Begriffe flüchtet, umgeht sie die Frage, wie eine gerechte föderale Steuerverteilung aussähe, und enthält insofern selbst kein legitimierendes Gerechtigkeitsideal mehr. Die zeitliche Vorverlagerung der Konzeptbildung sichert insofern eine Unparteilichkeit, die eine Universalisierbarkeit der Verteilungskriterien erhoffen lässt und insofern einen minimalen Gerechtigkeitsgehalt verbürgen soll.<sup>805</sup>

#### b) Festlegung des Existenzminimums

In ähnlicher Weise wie der grundgesetzliche Auftrag, die unterschiedliche Finanzkraft der Länder angemessen auszugleichen, wirft auch das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum die Schwierigkeit auf, einer offen formulierten Verfassungsgewährleistung in konkreten Leistungsansprüchen, ja Zahlen Ausdruck zu verleihen. Den Ausgangspunkt der verfassungsgerichtlichen Antwort auf diese Schwierigkeit bildet denn auch hier die Betonung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.<sup>806</sup> Die Bestimmung der Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums obliege dem Gesetzgeber,<sup>807</sup> weil das Grundgesetz selbst „keine exakte Bezifferung [...] erlaub[e]“ und keine „quantifizierbaren Vorgaben liefern“ könne.<sup>808</sup> Vor allem in der Entscheidung des BVerfG zur Höhe der SGB II-Regelsätze korrespondiert der sich daraus ergebenden inhaltlichen Freiheit allerdings die prozedurale Pflicht des Gesetzgebers, das verfassungsrechtlich vorgegebene Ziel der menschenwürdigen Daseinssicherung zunächst angemessen zu umschreiben<sup>809</sup> und sich sodann auf ein „transparente[s] und sachgerechte[s] Verfahren“ festzulegen,<sup>810</sup> das die erforderliche Bestimmung des Existenzminimums ermöglicht. Ausgehend von einer Ermittlung der maßgeblichen Bedarfsarten und geleitet vom selbst gewählten Verfahren müsse der Gesetzgeber die Kosten, die zur Deckung des Existenznotwendigen erforderlich sind, folgerichtig erheben.<sup>811</sup>

---

schen Prozess der Finanzausgleichsgesetzgebung u. a. *U. Berlit/I. Kesper*, KJ 33 (2000), S. 607 (610f.); vgl. auch *T. Kroll*, *StuW* 2000, S. 45 (47).

<sup>804</sup> Zu diesen oben § 3 III 2 b) und g).

<sup>805</sup> Vgl. *H.-P. Schneider/U. Berlit*, *NVwZ* 2000, S. 841 (843): „Ausdruck eines ‚prozeduralen‘ Gerechtigkeitsverständnisses“; *J. Wieland*, *DVBl.* 2000, S. 1310 (1312): „eine gerechte Verteilung durch gezielte Ausblendung der betroffenen Interessen“; anders *B. Grzeszick*, *JZ* 2003, S. 647 (649): „Versuch, ökonomische Rationalität in die Finanzverfassung einzuführen“.

<sup>806</sup> BVerfGE 125, 175 (222); 132, 134 (159); 137, 34 (72f.).

<sup>807</sup> BVerfGE 125, 175 (224f.); 132, 134 (160f.); siehe zur früheren Praxis der Regelsatzfestsetzung durch die Verwaltung (und zur Kritik daran) aber *D. Oberbracht*, *Die Parlamentarisierung des sozialhilferechtlichen Regelsatzes*, 1993, S. 22 ff., 80 ff.

<sup>808</sup> BVerfGE 125, 175 (225f.); siehe auch BVerfGE 132, 134 (165); 137, 34 (74).

<sup>809</sup> BVerfGE 125, 175 (226); siehe auch ebd., S. 227: „zutreffend definiert“.

<sup>810</sup> BVerfGE 125, 175 (225).

<sup>811</sup> BVerfGE 125, 175 (225).

Ohne große Mühe lassen sich die damit etablierten Verfahrensvorgaben als Konzeptpflichten kategorisieren. Sowohl die vom BVerfG geforderte nähere Umschreibung des Ziels als auch die verlangte Festlegung auf ein Berechnungsverfahren führen dazu, dass der Gesetzgeber zunächst Maßstäbe und Kriterien entwickelt, die die weitere Konkretisierungsleistung anleiten und vorstrukturieren.<sup>812</sup> Und wie für Konzepte typisch, bleibt auch der (Sozial-)Gesetzgeber selbst an die so getroffenen Vorentscheidungen gebunden. Denn die abschließende gesetzliche Festlegung des Regelbedarfs muss sich, so verlangt das BVerfG, im Lichte der vorangegangenen Bestimmung von Bedarfsarten und Berechnungsmethode als folgerichtig erweisen; ohne sachliche Rechtfertigung darf der Gesetzgeber von der von ihm gewählten Methode nicht mehr abweichen.<sup>813</sup> In welcher Form der Gesetzgeber diese verbindlichen Vorentscheidungen trifft, ist unbedeutend. Anders als im obigen Beispiel des Länderfinanzausgleichs fordert das BVerfG insbesondere nicht, dass der Gesetzgeber die von ihm zu treffenden Vorfestlegungen selbst als Gesetz beschließt. Zwar müsse der Gesetzgeber die gewählte Methode und deren Anwendung zu Kontrollzwecken nachvollziehbar offenlegen.<sup>814</sup> Auf welche Weise dies zu geschehen hat, lässt das Gericht aber offen. Auch Darlegungen in der Gesetzesbegründung genügen den Karlsruher Ansprüchen folglich.<sup>815</sup>

Dass der Kompensationsgedanke das tragende Motiv dieser Konzepterfordernisse darstellt, spricht das BVerfG dabei beinahe ausdrücklich aus: Grundrechtsschutz und verfassungsgerichtliche Kontrolle erstreckten sich „auch deshalb auf das Verfahren zur Ermittlung des Existenzminimums, weil eine Ergebniskontrolle am Maßstab dieses Grundrechts nur begrenzt möglich ist“.<sup>816</sup> Das weitgehende Fehlen materiell-verfassungsrechtlicher Vorgaben mache derartige Verfahrensanforderungen erforderlich, weil sich eine „angemessene Nachvollziehbarkeit des Umfangs der gesetzlichen Hilfeleistungen sowie deren gerichtliche Kontrolle“ anders nicht gewährleisten lasse.<sup>817</sup> Nach Auffassung des Gerichts ist es folglich vor allem die Kontrollfunktion der Verfassung, deren defizitäre Erfüllung die besagten Konzepterfordernisse hier prozedural ausgleichen sollen.

Die verfassungsgerichtliche Folgerechtsprechung zum grundrechtlichen Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum hat sich von derartigen Kompensationsgedanken und auch von der Prozeduralisierungsidee indes deut-

---

<sup>812</sup> Eine Besonderheit besteht allenfalls darin, dass die Pflicht des Gesetzgebers, sich auf eine Methode festzulegen, ihrerseits prozedurale und keine materiellen Entscheidungsmaßstäbe etabliert.

<sup>813</sup> BVerfGE 125, 175 (225).

<sup>814</sup> BVerfGE 125, 175 (226).

<sup>815</sup> Zur Frage der Begründungspflichten noch unten § 3 V 4.

<sup>816</sup> BVerfGE 125, 175 (226).

<sup>817</sup> BVerfGE 125, 175 (226).

lich distanziert.<sup>818</sup> Spezifische Verfahrenspflichten, so hat das BVerfG seitdem wiederholt festgestellt, ließen sich für den Gesetzgeber weder aus Menschenwürdegarantie noch Sozialstaatsprinzip ableiten; entscheidend sei allein, dass „die Anforderungen des Grundgesetzes, tatsächlich für eine menschenwürdige Existenz Sorge zu tragen, *im Ergebnis* nicht verfehlt werden“.<sup>819</sup> Ob es damit zugleich die Erwartung aufgegeben hat, dass der Gesetzgeber sich zur Konkretisierung der Leistungshöhe auf eine Methode zur Ermittlung der Bedarfe und zur Berechnung der Leistungen festlegt und diese folgerichtig umsetzt, ist allerdings keinesfalls ausgemacht.<sup>820</sup> Denn auch wenn das BVerfG es nun für maßgeblich erklärt, ob sich die Höhe der Ansprüche überhaupt mit einer im Grundsatz tauglichen Methode erklären lässt, so setzt es ungeachtet dessen auch in den Folgeentscheidungen voraus, dass der Gesetzgeber eine methodengeleitete Entscheidung trifft,<sup>821</sup> und betont in diesem Zusammenhang zudem, dass „schlicht gegriffene Zahlen ebenso wie Schätzungen ins Blaue hinein den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen“.<sup>822</sup>

### c) Klimaschutzgesetzgebung

Spuren hinterlassen hat die für legislative Konzeptpflichten typische Logik gesetzgeberischer Selbstbindung schließlich auch im Klimabeschluss des BVerfG.<sup>823</sup> Den Hintergrund bildet auch hier die Schwierigkeit, offen formulierten verfassungsrechtlichen Pflichten in exakten Zahlen Ausdruck zu verleihen. Denn nach Auffassung des BVerfG zielt das in Art. 20a GG verankerte Klimaschutzgebot „auf die Einhaltung einer Temperaturschwelle, bei der die durch Menschen verursachte Erwärmung der Erde angehalten werden soll“.<sup>824</sup> Da die von Menschen ausgehenden Treibhausgasemissionen den maßgeblichen Treiber der Erderwärmung darstellen, verlange das Klimaschutzgebot somit in erster Linie Maßnahmen, die den Ausstoß eben dieser Treibhausgase verringern.<sup>825</sup> Doch

<sup>818</sup> Vgl. G. Britz, Die Verwaltung 50 (2017), S. 421 (423 ff., insbes. 427); A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 13 ff.; ders., DÖV 2018, S. 845 (849).

<sup>819</sup> BVerfGE 137, 34 (74) (Hervorhebung hinzugefügt); in der Sache ebenso BVerfGE 132, 134 (162 f.).

<sup>820</sup> Anders aber G. Britz, Die Verwaltung 50 (2017), S. 421 (427), die die Auffassung vertritt, nach den Vorgaben des BVerfG reiche es „aus, wenn die Ergebnisse nachträglich erklärt werden können“. Das erfordere zwar eine „plausible Ermittlungsmethode“, doch müsse diese „nicht im Gesetzgebungsverfahren zur Anwendung gekommen sein“ und „auch nicht in den Köpfen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen oder gar bei deren Mehrheit präsent gewesen sein.“

<sup>821</sup> Vgl. BVerfGE 132, 134 (163); 137, 34 (74).

<sup>822</sup> BVerfGE 137, 34 (75); siehe auch BVerfGE 132, 134 (170): „Die Gesetzgebung hat sich damals auf eine bloße Kostenschätzung gestützt. Das steht mit den Anforderungen des Grundgesetzes an die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz nicht in Einklang.“

<sup>823</sup> BVerfGE 157, 30.

<sup>824</sup> BVerfGE 157, 30 (138).

<sup>825</sup> BVerfGE 157, 30 (138 f.).



gibt das Grundgesetz weder die zu sichernde Zieltemperatur exakt vor, noch vermag es genau zu beziffern, welche Emissionsmengen vor deren Hintergrund noch hinnehmbar bzw. welche Reduktionen erforderlich sind.

Das BVerfG sieht angesichts dessen den Gesetzgeber in der Pflicht, den genauen Gehalt des Art. 20a GG zu konkretisieren.<sup>826</sup> In inhaltlicher Hinsicht belässt es ihm dabei zwar „erheblichen Gestaltungsspielraum“.<sup>827</sup> Doch setzt das BVerfG (weitgehend unausgesprochen) voraus, dass der Gesetzgeber das verfassungsrechtliche Klimaschutzgebot in einem planungsähnlich abgestuften Entscheidungsverfahren ausgestaltet.<sup>828</sup> Dessen erste Stufe bildet die Festsetzung einer Zieltemperatur, auf die die Erderwärmung begrenzt werden soll. Das BVerfG spricht insofern von einer „*verfassungsrechtlich notwendige[n], grundlegende[n]* Konkretisierung“<sup>829</sup> und deutet damit an, dass der Gesetzgeber mit einer – gewissermaßen konzeptlosen – unmittelbaren Festsetzung konkreter Handlungsvorgaben zum Schutz des Klimas den Anforderungen des Art. 20a GG nicht genügt. In einem zweiten Schritt ist sodann zunächst zu errechnen, welche CO<sub>2</sub>-Emissionsmenge global verbleibt, wenn die selbst gesetzte Temperaturschwelle eingehalten werden soll, um ausgehend hiervon den auf Deutschland entfallenden Anteil des globalen Emissionsbudgets zu bestimmen. Die nationale Gesamtemissionsmenge lässt sich dann wiederum in sektorspezifischen Emissionsminderungszielen abbilden, zu deren Umsetzung schließlich konkrete Klimaschutzmaßnahmen – also gesetzliche Handlungsvorgaben mit emissionsminderndem Effekt – festgesetzt werden müssen.

Nun geht das BVerfG nicht so weit, das Parlament am genauen Ablauf dieses idealtypischen Planungsprozesses festzuhalten. Vielmehr sei der Gesetzgeber etwa „nicht gehindert, Minderungsziele zu formulieren, ohne dabei von Beginn an eine Vorstellung davon zu entwickeln, welche Gesamtemissionsmenge noch zur Verfügung steht“; er gehe mit einem solchen „Klimaschutz ins Blaue hinein“ eben nur das Risiko ein, die selbst gesetzte Temperaturschwelle zu überschreiten.<sup>830</sup> Dass der Gesetzgeber sich auf die Erreichung einer eben solchen Temperaturschwelle festlegt, hält das BVerfG aber offenbar für verfassungsrechtlich unverzichtbar: Durch die gesetzliche Bestimmung des 1,5 °C-Ziels habe der Gesetzgeber (s)einen „Konkretisierungsauftrag“<sup>831</sup> erfüllt und die „verfassungsrechtlich notwendige, grundlegende Konkretisierung“ des Klimaschutzgebots vorgenommen.<sup>832</sup>

<sup>826</sup> BVerfGE 157, 30 (143).

<sup>827</sup> BVerfGE 157, 30 (145).

<sup>828</sup> Siehe dazu BVerfGE 157, 30 (150 ff.); vgl. auch die Betonung des Planungsgedankens in der Entscheidungsbesprechung von *K.-H. Ladewig*, FAZ Einspruch v. 30.4.2021: „Freiheit als Anspruch auf [...] staatliche Planung“.

<sup>829</sup> BVerfGE 157, 30 (148).

<sup>830</sup> BVerfGE 157, 30 (145).

<sup>831</sup> BVerfGE 157, 30 (152).

<sup>832</sup> BVerfGE 157, 30 (148).

In die Kategorie gesetzgeberischer Konzeptpflichten reiht sich diese verfassungsgerichtliche Forderung nach einer gesetzgeberischen Temperaturzielbestimmung aus gleich mehreren Gründen gut ein: Erstens bleibt die gesetzlich fixierte Temperaturschwelle als bloße Zielvorgabe zu abstrakt, um vollziehbar zu sein. Notwendigerweise zieht sie weitere Gesetzgebungsaktivitäten nach sich und erzwingt insofern eine für Konzepte und andere Pläne typische Entscheidungsabstufung. Innerhalb dieser gestuften Entscheidungsfindung entfaltet die Temperaturzielvorgabe zweitens eine Maßstabswirkung. Wie für Konzepte typisch, bindet sich der Gesetzgeber durch sie einzelfallübergreifend selbst,<sup>833</sup> den einzelnen, im Detail erst zu beschließenden Klimaschutzmaßnahmen gibt er einen verbindlichen Rahmen vor.<sup>834</sup> Das BVerfG entfaltet diese Selbstbindung sogar in zwei Richtungen: Zum einen, indem es das gesetzliche 1,5 °C-Ziel zur „verfassungsrechtlich maßgebliche[n] Konkretisierung des Klimaschutzziels des Grundgesetzes“ erklärt und auf diese Weise zugleich zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab erhebt,<sup>835</sup> und zum anderen, indem es Änderungen der in der gesetzlichen Temperaturschwelle verkörperten grundlegenden Konkretisierung des Art. 20a GG in formaler Hinsicht mit dem – an Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG erinnernden – Gebot verknüpft, dass diese als grundlegende Neuausrichtung des Klimaschutzrechts erkennbar sein müssen.<sup>836</sup> Konzepttypische Züge weist die gesetzgeberische Temperaturzielbestimmung drittens auch insofern auf, als das BVerfG Grund und Grenzen ihrer Verbindlichkeit in deren sachlicher Autorität begründet sieht.<sup>837</sup> So können „[n]eue hinreichend gesicherte Erkenntnisse über die Entwicklung der anthropogenen Erderwärmung oder deren Folgen und ihre Beherrschbarkeit“ nach Auffassung des BVerfG dazu führen, dass die gesetzgeberisch festgelegte Tem-

<sup>833</sup> Explizit *C. Möllers/N. Weinberg*, JZ 2021, S. 1069 (1072, 1075); *M.-J. Seibert*, DVBl. 2021, S. 1141 (1145): „Selbstbindung des Gesetzgebers“; den Zusammenhang mit der Forderung nach Folgerichtigkeit betont *L. Dittrich*, in: Müller/Dittrich (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 6, 2022, S. 203 (217 ff.).

<sup>834</sup> Zur Selbstbindung BVerfGE 157, 30 (138): Es „bleibt dem Gesetzgeber aufgegeben, sein in Konkretisierung von Art. 20a GG bekundetes Bemühen zu realisieren, den Temperaturanstieg möglichst auf 1,5 °C zu begrenzen“; ebenso ebd., S. 163; ferner ebd., S. 149f.: Der Gesetzgeber „muss [...] sich an seiner eigenen Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Ziels festhalten lassen“.

<sup>835</sup> BVerfGE 157, 30 (145); ebenso ebd., S. 148. Vgl. auch *M. Burgi*, NVwZ 2021, S. 1401 (1405): Konstitutionalisierung der bestehenden Zielfestlegungen. Im Schrifttum ist diese Hochzoning auf Kritik gestoßen, siehe etwa *M. Beckmann*, UPR 2021, S. 241 (244); *C. Franzius*, FEU Research Paper No. 11/2021, S. 19; *M.-J. Seibert*, DVBl. 2021, S. 1141 (1144 f.); verteidigend hingegen *S. Schlacke*, NVwZ 2021, S. 912 (915).

<sup>836</sup> BVerfGE 157, 30 (149). Eine gleichlaufende Forderung stellt das BVerfG im Rahmen seiner Folgerichtigkeitsrechtsprechung auf: Änderungen der systembildenden gesetzgeberischen Leitentscheidung müssen im Lichte des verfassungsrechtlichen Folgerichtigkeitsgebot als solche erkennbar sein; vgl. dazu etwa BVerfGE 122, 210 (242 ff.) sowie *L. O’Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 132f.

<sup>837</sup> Zu diesem Aspekt aus der verwaltungsrechtlichen Diskussion oben § 3 IV 2 a).

peraturschwelle den Anforderungen des Art. 20a GG nicht mehr genügt und folglich seine Geltung einbüßt.<sup>838</sup>

Der Kompensationsgedanke kommt bei alledem zwar nicht zur Sprache. Doch lässt das BVerfG keinen Zweifel daran, dass die Pflicht des Gesetzgebers, mittels einer Temperaturvorgabe die grundlegende Ausrichtung des Klimaschutzrechts selbst zu bestimmen, auf Schwächen reagiert, die sich aus der geringen Normdichte des Art. 20a GG ergeben. Die verfassungsrechtliche Orientierungsfunktion des 1,5 °C-Ziels entwickelt es gerade aus dem Dilemma heraus, dass es zwar einerseits „nicht Aufgabe der Gerichte [ist], aus der offenen Formulierung des Art. 20a GG konkret quantifizierbare Grenzen der Erderwärmung und damit korrespondierende Emissionsmengen oder Reduktionsvorgaben abzuleiten“, dass das Klimaschutzgebot des Art. 20a GG andererseits aber nicht leerlaufen darf.<sup>839</sup> Dass der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab über die Festlegung der Temperaturschwelle nunmehr selbst schaffen muss, gleicht insofern aus, dass die materiellen Vorgaben des Grundgesetzes ihre Kontrollfunktion im Klimaschutzrecht nur eingeschränkt erfüllen. Da der Gesetzgeber durch die Bindung an die selbst gesetzte Temperaturvorgabe zugleich seine eigenen Handlungsoptionen beschränkt, übernimmt die Konzeptpflicht auch die Begrenzungsfunktion, die sonst den materiellen Verfassungsvorgaben zukommt.

#### *d) Folgerichtigkeitsgebote als implizite Konzeptpflichten?*

Jenseits der soeben skizzierten Fälle sind gesetzgeberische Konzeptpflichten kaum verbreitet.<sup>840</sup> Das konzepttypische Motiv der Selbstbindung zum Ausgleich materiell-rechtlicher Spielräume wird für die Gesetzgebung stattdessen häufiger im Kontext der Frage diskutiert, ob das Grundgesetz die Legislative zu Folgerichtigkeit, Konsistenz oder Systemgerechtigkeit verpflichtet.<sup>841</sup> Ausgehend von seiner Rechtsprechung zum Wahlrecht verlangt das BVerfG inzwischen vor allem im Steuerrecht, zuweilen aber auch in anderen Rechtsgebieten, dass der Gesetzgeber eine für einen Regelungsbereich einmal getroffene Sys-

<sup>838</sup> BVerfGE 157, 30 (148).

<sup>839</sup> BVerfGE 157, 30 (145); dazu auch *M.-J. Seibert*, DVBl. 2021, S. 1141 (1144).

<sup>840</sup> Siehe aber auch BVerfGE 139, 64 (126); 140, 240 (295); 145, 304 (326); 149, 382 (394 f.); erwähnt auch bei *A. Pilniok*, ZBR 2015, S. 361 (366).

<sup>841</sup> Aus dem umfangreichen Schrifttum hierzu etwa *J. Brückner*, Folgerichtige Gesetzgebung im Steuerrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2014; *C. Bumke*, Der Staat 49 (2010), S. 77; *M. Cornils*, DVBl. 2011, S. 1053 (1054, 1056 ff.); *C. Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *P. Dieterich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz, 2014; *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (53 ff.); *L. O'Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018; *M. Payandeh*, AöR 136 (2011), S. 578; *F.-J. Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985; *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 86 ff.; *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 8 ff., 45 ff.

tementscheidung folgerichtig umsetzt.<sup>842</sup> Mit der Leitentscheidung für eine gesetzliche Grundkonzeption bindet sich der Gesetzgeber dabei in doppelter Weise selbst: Erstens bedürfen Ausnahmen von der Systementscheidung eines rechtfertigenden Grundes;<sup>843</sup> können sie einen solchen nicht vorweisen, droht ihnen das Verdikt der Verfassungswidrigkeit, obwohl die Systementscheidung selbst keinen Verfassungsrang genießt.<sup>844</sup> Und zweitens verlangt das BVerfG, dass „grundlegende Systemwechsel“ als solche erkennbar sein, also zu einer klaren Orientierung an neuen Leitprinzipien führen müssen.<sup>845</sup> Es schneidet damit den Einwand ab, eine jede sachgrundlose Durchbrechung der bestehenden gesetzlichen Grundkonzeption sei eben als Modifikation der gesetzlichen Leitentscheidung anzusehen und als solche stets zulässig.

Ungeachtet der Frage, ob das so konturierte Folgerichtigkeitsgebot mit dem Erfordernis, Abweichungen von der gesetzlichen Systementscheidung sachlich zu begründen, auch eine prozedurale Komponente enthält,<sup>846</sup> etabliert es im Kern eine inhaltliche Pflicht.<sup>847</sup> Es verlangt, dass sich die Leitentscheidungen eines Regelungsbereichs in dessen gesetzlichen Einzelbestimmungen konsequent fortsetzen. Zumindest vordergründig erfordert das Folgerichtigkeitsgebot folglich Konzepttreue, nicht Konzeptbildung.<sup>848</sup> Freilich ist Konzepttreue ohne Regelungskonzept nicht zu haben. Das Schrifttum hat aus der Karlsruher Folgerichtigkeitsjudikatur daher vereinzelt den Schluss gezogen, der Gesetzge-

<sup>842</sup> Für das Wahlrecht u. a. BVerfGE 1, 208 (246 f.); 120, 82 (103 f.); in der Sache auch BVerfGE 11, 351 (362); für das Steuerrecht bspw. BVerfGE 84, 239 (271); 93, 121 (136); 105, 73 (126); 116, 164 (180 f.); 117, 1 (30 f.); 120, 1 (29); 122, 210 (231); vgl. darüber hinaus insbes. BVerfGE 121, 317 (362) sowie BVerfGE 125, 175 (225).

<sup>843</sup> BVerfGE 99, 88 (95); 107, 27 (47); 122, 210 (231); 125, 175 (225): „Abweichungen [...] bedürfen der sachlichen Rechtfertigung“.

<sup>844</sup> Besonders deutlich wird das in der Rechtsprechung zum steuerrechtlichen Nettoprinzip, dessen Verfassungsrang das BVerfG gerade deshalb offenlässt, weil es Abweichungen von ihm bereits aufgrund dessen Status als gesetzgeberische Systementscheidung für verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig hält, siehe BVerfGE 107, 27 (48); 122, 210 (234); siehe dazu auch *L. O’Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 131 ff.; dass die Systementscheidung keinen Verfassungsrang genießt, gilt aber etwa auch für die gesetzgeberische Leitentscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem, vgl. BVerfGE 1, 208 (246), wonach das Grundgesetz die Entscheidung zwischen Mehrheits- und Verhältniswahl offen lässt.

<sup>845</sup> So insbes. BVerfGE 122, 210 (242 ff.).

<sup>846</sup> Befürwortend *S. Bulla*, ZJS 2008, S. 585 (592 f.); *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (61 f.); *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 9; einen Zusammenhang zwischen Folgerichtigkeitsgebot und prozeduralen Begründungsanforderungen sehen auch *V. Mehde/S. Hanke*, ZG 25 (2010), S. 381 (388 ff.); *S. Rose-Ackerman/S. Egidy/J. Fowkes*, Due Process of Lawmaking, 2015, S. 177 f.; ablehnend *L. O’Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 42 f.

<sup>847</sup> *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 10; vgl. auch *P. Axer*, in: Gedächtnisschrift für W. Brugger, 2013, S. 335 (347); *M. Meßling*, Festschrift für R. Jaeger, 2011, S. 787 (812); *F. Reyes y Ráfales*, Rechtstheorie 45 (2014), S. 35 (44).

<sup>848</sup> Vgl. *P. Dann*, Der Staat 49 (2010), S. 630 (631): „Konzeptbefolgungspflichten“ sowie *C. Bumke*, Der Staat 49 (2010), S. 77 (89) und *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 8, die beide von einem „Gebot folgerichtiger Konzeptverwirklichung“ sprechen.

ber „sollte“ bei der Regelung oder grundlegenden Umgestaltung eines Rechtsbereichs seine Grundkonzeption deutlich machen und zu diesem Zweck in einer einleitenden Norm die Haupt- und Nebenzwecke sowie deren Verhältnis zueinander explizit bestimmen.<sup>849</sup> Die damit angedeutete gesetzgeberische Konzept(bildungs)pflcht dürfte indes eher als Klugheits- denn als Rechtsgebot zu verstehen sein. Das Folgerichtigkeitsgebot jedenfalls ist auf sie im Regelfall schon deshalb nicht angewiesen, weil das BVerfG gesetzliche Systementscheidungen auch dort aufzudecken weiß, wo der Gesetzgeber diese nicht als solche ausgewiesen, ja nicht einmal bewusst getroffen hat.<sup>850</sup> Wird die Legislative am Maßstab der Folgerichtigkeit gemessen, so kommt es im Hinblick auf die Frage, ob legislative Konzeptpflichten in der Forderung nach gesetzgeberischer Konsistenz notwendig mitgedacht sind, daher erst im äußersten Fall zum Schwur – nämlich dann, wenn auch das Verfassungsgericht eine schlüssige Grundkonzeption des Gesetzes nicht auszumachen vermag. Die Folgerichtigkeitsprüfung drohte in diesen Fällen am fehlenden Maßstab zu scheitern. Um dieser Paradoxie zu entkommen, mag man dem Gesetzgeber statt der inkonsistenten Umsetzung der eigenen Grundentscheidung das Versäumnis vorhalten, überhaupt keine Grundentscheidung getroffen zu haben. Als derartige verfassungsrechtliche Reserve mag der Ruf nach gesetzgeberischer Konsistenz die Pflicht des Gesetzgebers implizieren, ein gesetzliches Regelungskonzept zu verfolgen. Bisher hat die Rechtsprechung diese Konsequenz indes nicht gezogen.

*e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch gesetzgeberische Konzepte*

Zum Repertoire der an die Gesetzgebungsorgane adressierten kompensatorischen Verfahrenspflichten zählen somit auch Konzeptpflichten. Zum Einsatz kommen sie bislang zwar nur selten. Doch ist den Konstellationen, in denen die Rechtsprechung auf sie verweist, gemeinsam, dass der Gesetzgeber vor der Aufgabe steht, offene verfassungsrechtliche Grundsätze oder Leistungsansprüche zu quantifizieren, sie also durch eine konkrete Bezifferung operationalisierbar zu machen.<sup>851</sup> Im Hinblick auf die Unbestimmtheit der materiell-inhaltlichen Verfassungsvorgaben verspricht sich das BVerfG von der konzepttypischen Pflicht zur Selbstbindung an selbstgewählte Maßstäbe oder Verfahren eine gleich mehrfache Ausgleichsfunktion: Indem Konzepte den Gesetzgeber bin-

<sup>849</sup> S. Bulla, ZJS 2008, S. 585 (593).

<sup>850</sup> Vgl. die hieran anknüpfende Kritik etwa bei B. Grzeszick, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (60f.); A. Steinbach, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 92f.; verallgemeinernd ferner U. Kischel, in: Festschrift für P. Kirchhof, Bd. I, 2013, § 34 Rn. 11.

<sup>851</sup> Dass Konzeptpflichten in all diesen Fällen einen Platz haben, trifft allerdings nicht zu. Der Blick auf die Rechtsprechung zur Besoldungsgesetzgebung etwa illustriert, dass das BVerfG selbst in Bereichen, in denen offene Verfassungsvorgaben Quantifizierungen erfordern, nicht stets auf Konzeptpflichten zurückgreift.

den, wo den materiellen Verfassungsvorgaben dies angesichts ihrer Unbestimmtheit nicht gelingt, übernehmen sie deren Begrenzungsfunktion; indem sie die Konkretisierung offener Verfassungsvorgaben anleiten, gleichen sie aus, dass deren Orientierungsfunktion eingeschränkt ist; und indem Konzeptpflichten den Gerichten die Möglichkeit eröffnen, ihre Prüfung auf die Frage umzustellen, ob der Gesetzgeber den selbstgewählten Maßstäben treu bleibt, gleichen sie aus, dass unbestimmte materielle Verfassungsvorgaben ihre Kontrollfunktion nicht mehr erfüllen.

## 2. Pflichten zur Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen

Fragt man nach weiteren ungeschriebenen Verfahrensbindungen der Legislative, so stößt man rasch auf die verfassungsgerichtliche Forderung, der Gesetzgeber müsse die Tatsachengrundlagen seiner Entscheidungen vollständig ermitteln und zutreffend bewerten.<sup>852</sup> Der Kompensationsgedanke spielt bei der Begründung dieser abwägungstypischen Ermittlungs- und Bewertungspflichten durchweg eine tragende Rolle.<sup>853</sup> Wo Grundgesetz und Landesverfassungen dem Gesetzgeber in materieller Hinsicht Spielräume belassen, gleichen die Verfassungsgerichte durch den Rückgriff auf das derart prozedural gewendete Abwägungsgebot aus, dass das Fehlen materieller Verfassungsvorgaben auch eine inhaltliche Kontrolle durch die Gerichte verhindert. Deutlich wird das vor allem in vier Konstellationen: Erstens bei in materieller Hinsicht naturgemäß kaum konturierten Planungsentscheidungen, wie gesetzlichen Neugliederungen der Kommunen<sup>854</sup> (dazu lit. a) oder Fällen der Fachplanung durch Gesetz (dazu lit. b); zweitens bei gesetzgeberischen Prognosen, etwa im Bereich der Wirtschaftslenkung (dazu lit. c), der Wahlrechts- und Haushaltsgesetzgebung (dazu lit. d und e) oder der Beurteilung der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung nach Art. 72 Abs. 2 GG (dazu lit. f); und drittens bei der Konkretisierung verfassungsrechtlicher Schutz- und Leistungspflichten, wie der gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (dazu lit. g), der Festlegung des Existenzminimums (dazu lit. h) und der Höhe der Richter- und Beamtenbesoldung (dazu lit. i) sowie bei der Ausgestaltung der Privatschulfinan-

<sup>852</sup> Auch im Schrifttum wird diese Forderung zuweilen geteilt, so etwa von *M. Brenner*, ZG 26 (2011), S. 394 (399); *A. Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 124 ff.; *G. Hoffmann*, ZG 5 (1990), S. 97 (104 ff.); *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2011, S. 266 f.; *M. Kloepfer*, DVBl. 1995, S. 441 (447); *J. Lücke*, ZG 16 (2001), S. 1 (26 ff.); *G. Schwerdtfeger*, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 173 (178 ff.); ausführlich *M. Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006, S. 439 ff., insbes. 450 ff.

<sup>853</sup> Betont wird der Kompensationsgedanke insofern etwa bei *M. Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006, S. 443, der zwar allgemeiner von einer Abwägungspflicht spricht, hier von aber eben die auch hier genannten Pflichten zur Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen umfasst sieht (siehe ebd., S. 449).

<sup>854</sup> Zum „planerischen Einschlag“ dieser Entscheidungen BVerfGE 86, 90 (108).

zierung (dazu lit. k) und der Finanzausgleichsgesetzgebung (dazu lit. m). Viertens begegnen gesetzgeberische Ermittlungs- und Bewertungspflichten in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch dort, wo diese vor dem Problem steht, abstrakte Verfassungsvorgaben klar zu quantifizieren. Jenseits der gerade bereits erwähnten verfassungsrechtlichen Leistungspflichten zeigt sich das etwa im Bereich der Parteienfinanzierung (dazu lit. j).

#### a) Kommunale Neugliederungen

Sowohl das Grundgesetz als auch die Verfassungen der Länder binden gemeindliche Gebietsänderungen an die Voraussetzung, dass sie aus Gründen des öffentlichen Wohls gerechtfertigt sind.<sup>855</sup> Angesichts der Vielzahl denkbarer Gemeinwohlgründe üben sich die Verfassungsgerichte bei der inhaltlichen Überprüfung dieses Gemeinwohlstandards indes in Zurückhaltung.<sup>856</sup> Die grundsätzliche Ausrichtung kommunaler Gebietsreformen zu bestimmen, betrachten sie als „politische Gestaltungsaufgabe“, die dem Gesetzgeber „weite[n] Spielraum“ belässt.<sup>857</sup> Der Gefahr, die Selbstverwaltungsgarantie durch eben diese Gestaltungsprärogative des Gesetzgebers auszuhöhlen, wirken sie durch eine zuweilen ausdrückliche Prozeduralisierung der Gemeinwohlbindung entgegen. „Um dem Gemeinwohl zu entsprechen,“ so formuliert etwa das BVerfG, müsse eine in den kommunalen Gebietsbestand eingreifende Gesetzesregelung „schon in ihrem Zustandekommen bestimmten prozeduralen Anforderungen genügen“.<sup>858</sup> Nicht nur das BVerfG erstreckt die gerichtliche Überprüfung von Neugliederungsgesetzen infolgedessen darauf, ob der Gesetzgeber den „erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt“ und „alle Gemeinwohlgründe sowie die Vorteile und Nachteile der gesetzlichen Regelung umfassend und in nachvollziehbarer Weise abgewogen“ hat.<sup>859</sup>

<sup>855</sup> BVerfGE 50, 50 (50); 50, 195 (203f.); 86, 90 (107); A. Engels, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, 2014, S. 247f.; V. Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 28 Abs. 2 Rn. 159 (Stand: 67. Erg.-Lfg. November 2012); für das Landesrecht siehe etwa Art. 74 Abs. 1 BWVerf.

<sup>856</sup> BVerfGE 86, 90 (109): „Insoweit hat sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle eines Neugliederungsgesetzes [...] zu beschränken, [...]“; ThürVerfGH, NVwZ-RR 1997, S. 639 (643): „Die verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit ist in diesem Bereich deutlich eingeschränkt.“; BWStGH, NJW 1975, S. 1205 (1207).

<sup>857</sup> ThürVerfGH, NVwZ-RR 1997, S. 639 (643); siehe auch BVerfGE 50, 50 (51); BWStGH, NJW 1975, S. 1205 (1207).

<sup>858</sup> BVerfGE 86, 90 (108).

<sup>859</sup> BVerfGE 50, 50 (51); ebenso BVerfGE 86, 90 (108f., 110); vgl. ferner BVerfGE 50, 195 (202): „Eine dem öffentlichen Wohl entsprechende Entscheidung des Gesetzgebers über die kommunale Neugliederung eines Gebietes setzt im übrigen auch regelmäßig die Abwägung der verschiedenen, oft gegenläufigen Interessen voraus.“ Siehe aus der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte insbes. BWStGH, NJW 1975, S. 1205 (1213); SachsAnhVerfG, LKV 1995, S. 75 (79f.); SächsVerfGH, LKV 2000, S. 21 (21); LKV 2000, S. 489 (490); ThürVerfGH, NVwZ-RR 1999, S. 55 (59); weniger deutlich, aber in der Sache ebenso NWVerfGH,

Auf welche Weise diese Verfahrensanforderungen für die Schwäche der materiellen Vorgaben Ausgleich leisten sollen, wird aus der Rechtsprechung allerdings nicht klar. Tragend scheint insofern das Motiv zu sein, trotz Anerkennung gesetzgeberischer Spielräume noch „den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie zu wahren“.<sup>860</sup> Gemessen an dem oben skizzierten Funktionskatalog, dürfte die prozedurale Einhegung von Neugliederungsentscheidung daher vor allem als Reaktion darauf zu verstehen sein, dass die materiellen Verfassungsvorgaben ihre freiheitsschützende Begrenzungs- und Kontrollfunktion nur eingeschränkt wahrnehmen.<sup>861</sup>

### b) Gesetzesförmige Fachplanungsentscheidungen

Führt man sich vor Augen, dass das BVerfG die prozeduralen Vorgaben für kommunale Gebietsreformen unter anderem auf den „planerischen Einschlag“ dieser Entscheidungen zurückführt,<sup>862</sup> so erstaunt es nicht, dass es den Gesetzgeber an den besagten Verfahrensbindungen auch dort festhält, wo dieser eine originäre (Fach-)Planungsentscheidung trifft. In seiner Entscheidung zur Südumfahrung Stendal verlangt das BVerfG dementsprechend, der Gesetzgeber müsse sich davon „leiten lassen, den für die Regelung erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln“ sowie alle maßgeblichen Belange umfassend gegeneinander abwägen.<sup>863</sup>

Den Ausgangspunkt dieser Erwägungen bildet erneut der Hinweis auf die Grenzen der inhaltlich-verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe und damit auf die Schwäche des materiellen (Verfassungs-)Rechts.<sup>864</sup> Wie genau die prozeduralen Direktiven zu deren Ausgleich beitragen, dazu äußert sich das BVerfG indes auch hier nicht. Im Schrifttum werden sie hingegen als dringend erforderlicher Rechtsschutzausgleich gedeutet.<sup>865</sup> Die gesteigerten Verfahrens-

NJW 1976, S. 2209 (2210); eine Pflicht zur Sachverhaltsermittlung auch bei ThürVerfGH, NVwZ-RR 1997, S. 639 (643).

<sup>860</sup> BVerfGE 50, 50 (51).

<sup>861</sup> Vgl. zur Begrenzungsfunktion der Verfassung oben § 3 III 2 d).

<sup>862</sup> BVerfGE 86, 90 (108); ebenso ThürVerfGH, NVwZ-RR 1999, S. 55 (59).

<sup>863</sup> BVerfGE 95, 1 (22 f.); mit dem Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – MgvG) vom 22.03.2020, BGBl. I, S. 640 wurde für einige Fälle der Legalplanung inzwischen ein gesetzlicher Rahmen geschaffen. Die vom BVerfG im Beschluss zur Südumfahrung Stendal noch betonte Aufgabe vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung übernimmt nach § 8 Abs. 3 S. 2 Nrn. 1, 2 MgvG nunmehr die vorbereitende Behörde. Wie § 8 Abs. 3 S. 3, 4 MgvG zeigen, geht aber auch das MgvG davon aus, dass der Gesetzgeber vor dem gesetzlichen Beschluss der Planfeststellung zumindest eine eigene Abwägung vorzunehmen hat. Siehe dazu auch A. Guckelberger, NuR 2020, S. 805 (806); A. Weschpfennig, AÖR 145 (2020), S. 438 (445, 459); J. Ziekow, NVwZ 2020, S. 677 (680 f.).

<sup>864</sup> BVerfGE 95, 1 (22); 76, 107 (121 f.): Weil dem Gesetzgeber bei derartigen Planungsentscheidungen eine Gestaltungsbefugnis zustehe, sei es nicht Aufgabe des Gerichts, die gesetzgeberische Abwägungsentscheidung durch eine eigene Abwägung des Gerichts zu ersetzen.

<sup>865</sup> So insbes. F. Ossenbühl, in: Festschrift für W. Hoppe, 2000, S. 183 (192 f.).



anforderungen kompensieren demnach, dass mit der Entscheidung für eine gesetzesförmige Planfeststellung nicht nur die fachgesetzlichen Maßstäbe als Kontrollmaßstab, sondern mit ihnen zugleich die Fachgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz wegfallen und die rechtsschützende Begrenzungs- und Kontrollfunktion der allein verbleibenden verfassungsrechtlichen Vorgaben vergleichsweise gering ist.<sup>866</sup>

### c) Wirtschaftslenkende Gesetze

Prozedurale Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung seitens des Gesetzgebers stellt das BVerfG daneben gelegentlich auch im Kontext wirtschaftsbezogener Regelungen. Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von Eingriffen in die Berufsfreiheit hat es bereits früh verlangt, der Gesetzgeber müsse die Gefahren für die Allgemeinheit, die er durch eine Berufszulassungsregelung abzuwenden versuche, konkret darlegen.<sup>867</sup> Unausgesprochen setzt es damit auch eine entsprechende Gefahrenanalyse voraus. In seinem Beschluss zum Mühlenstrukturgesetz erstreckt das Gericht die verfassungsrechtliche Prüfung dann ausdrücklich darauf, „ob der Gesetzgeber sich die Kenntnis von der zur Zeit des Erlasses des Gesetzes bestehenden tatsächlichen Ausgangslage in korrekter und ausreichender Weise verschafft“ und „die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel benutzt hat“.<sup>868</sup> Steht hier noch die Tatsachenermittlung im Vordergrund, so setzt das Gericht in späteren Entscheidungen auch eine Bewertung des ermittelten Materials voraus. Das Grundgesetz verlange nicht nur, dass der Gesetzgeber „die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen“ ausschöpft, sondern auch, dass er sich „an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert“.<sup>869</sup>

Bereits von Beginn an entwickelt das BVerfG die damit formulierten Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung und -bewertung als Reaktion auf und als Gegengewicht zu den zurückgenommenen materiellen Bindungen des Gesetzgebers.<sup>870</sup> Anders als in den oben skizzierten Planungskonstellatio-

<sup>866</sup> Angesichts der Möglichkeit und Notwendigkeit einer inzidenten fachgerichtlichen Prüfung von Planungsgesetzen kritisch *A. Weschpfennig*, AöR 145 (2020), S. 438 (451). – Im Schrifttum wird aufgrund der mit der Legalplanung einhergehenden Rechtsschutzeinschränkungen teilweise auch das MgvG für mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar gehalten, so etwa *A. Brade*, EurUP 2020, S. 140 (142 f.); *B. Wegener*, ZUR 2020, S. 195 (196 ff., 203 f.); a. A. *S. Pernice-Warnke*, EurUP 2020, S. 145 (156 ff.).

<sup>867</sup> BVerfGE 11, 168 (185); 19, 330 (340). Ob dabei eine Darlegung im Gesetzgebungsverfahren gemeint ist oder eine Darlegungen in einem eventuellen verfassungsgerichtlichen Verfahren genügt, bleibt dabei offen.

<sup>868</sup> BVerfGE 39, 210 (226).

<sup>869</sup> BVerfGE 50, 290 (333 f.); 57, 139 (160); siehe auch BVerfGE 68, 193 (220), wo die Forderung nach einer „eingehenden und fundierten Analyse“ festgehalten ist.

<sup>870</sup> Bereits in BVerfGE 11, 168 (185) wird die Forderung nach einer Darlegung der Gefahreinschätzung eingeleitet mit dem Hinweis darauf, dass „im Zweifelsfall [...] seiner Auffassung [d. h. derjenigen des Gesetzgebers] über drohende oder höchstwahrscheinliche Gefahren

nen<sup>871</sup> resultiert die Schwäche der inhaltlichen Verfassungsvorgaben hier indes nicht daraus, dass materielle Maßstäbe fehlten. Vielmehr folgen die gesetzgeberischen Spielräume daraus, dass die Subsumtion der materiellen Vorgaben Prognosen über ungewisse künftige Entwicklungen voraussetzen, für die das BVerfG dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zubilligt. Wo es in der Folge die gerichtliche Prüfung auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle zurücknimmt, kompensiert es dies durch ergänzende „Anforderungen des Verfahrens“;<sup>872</sup> ja, nach Auffassung des BVerfG „konstituieren“ diese sogar „die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“.<sup>873</sup> Ähnlich wie in den oben skizzierten verwaltungsrechtlichen Konstellationen klingt damit auch im Hinblick auf die Ermittlungspflichten der Legislative der kompensationsstypische Gedanke an, der Gesetzgeber müsse sich seine inhaltlichen (Einschätzungs-)Spielräume erst durch ein rationalitätsverbürgendes Verfahren verdienen.<sup>874</sup> Auszugleichen versucht das Gericht mit den skizzierten Ermittlungs- und Bewertungspflichten folglich die Tatsache, dass die materiellen Verfassungsvorgaben ihre Kontrollfunktion nur eingeschränkt erfüllen, weil deren Prüfung Kenntnisse über ungewisse zukünftige Entwicklungen voraussetzt, deren Prognose aus kompetenziellen Gründen nicht den Gerichten, sondern dem Gesetzgeber zusteht.

#### d) Wahlrechtsgesetzgebung, insbes. Sperrklauseln

Kaum anders stellt sich die Judikatur zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von wahlrechtlichen Sperrklauseln dar:<sup>875</sup> Auch hier bietet das Verfassungsrecht mit Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) und Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG) zwar materielle Maßstäbe. Doch beruht auch deren Anwendung auf einer Prognose: Ohne Annahmen darüber, ob der Verzicht auf eine Sperrklausel die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Vertretungskörperschaft zu beeinträchtigen drohte, lässt sich deren

---

sowie über das zur Abwehr Gebotene entscheidendes Gewicht zukommen [wird]“; siehe auch BVerfGE 39, 210 (225): „Beurteilungs- und Handlungsspielraum“ sowie ebd., S. 226: „Beurteilungsspielraum“; BVerfGE 50, 290 (334); 68, 193 (220): „Prognose- und Beurteilungsspielraum“.

<sup>871</sup> Siehe soeben § 3 V 2 b.

<sup>872</sup> BVerfGE 50, 290 (334).

<sup>873</sup> BVerfGE 50, 290 (334).

<sup>874</sup> Vgl. dazu oben § 3 IV 4 vor a) und § 3 IV 4 c) aa) jew. m. Nachw. *J. Bethge*, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 190 ff. spricht insofern ausdrücklich vom „Kompensationsmodell“; so auch *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 327 f.; *P. Lerche*, in: ders./Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 97 (121 f.); *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 102; in der Sache ebenso das Modell „normativer Konnexität“ bei *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 509 f.; siehe ferner, aber kritisch *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 851 ff., 974 ff.

<sup>875</sup> Zu prozeduralen Anforderungen in der verfassungsgerichtlichen Sperrklauselrechtsprechung auch *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 24 ff.

Verfassungskonformität nicht beurteilen. Im Hinblick auf die demnach erforderliche Einschätzung künftiger Entwicklungen genießt der Gesetzgeber auch hier eine Prerogative,<sup>876</sup> was schließlich auch hier das Risiko provoziert, die gerichtliche Kontrolle leerlaufen zu lassen.

In Reaktion hierauf erhebt das BVerfG in seiner jüngeren Sperrklauselrechtssprechung die Forderung, der Gesetzgeber dürfe sich nicht mit der Feststellung einer „rein theoretischen Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit“ begnügen, ja die „allgemeine und abstrakte Behauptung“ einer solchen genüge nicht.<sup>877</sup> Die gerichtliche Kontrolle der gesetzgeberischen Prognoseentscheidung würde andernfalls „unmöglich gemacht“.<sup>878</sup> Obwohl diese Hinweise zunächst im Ungefähren belassen, ob das Gericht hier tatsächlich einer eigenständigen prozeduralen Ermittlungspflicht das Wort redet, scheint es diese doch zumindest vorauszusetzen.<sup>879</sup> Es sei, so erwähnt es eher beiläufig, „Aufgabe des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren [...] alle zur Überprüfung der Fünf-Prozent-Sperrklausel relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte selbst [zu] ermitteln und gegeneinander ab[z]uwägen“.<sup>880</sup> Und an anderer Stelle verlangt es eine eigene „Einschätzung und Bewertung“ durch den Gesetzgeber, die sich „nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit orientieren“ müsse.<sup>881</sup> Ohne Analyse eben dieser Wirklichkeit dürfte der Gesetzgeber diesen Anforderungen kaum genügen können. Einige Landesverfassungsgerichte sprechen dies denn auch deutlich aus.<sup>882</sup> Der Gesetzgeber, so fordert etwa der Verfassungsgerichtshof für Nordrhein-Westfalen, müsse „alle in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht für die Einschätzung der [...] Erforderlichkeit einer Sperrklausel erheblichen Gesichtspunkte heranziehen und abwägen“.<sup>883</sup> Dazu gehöre es unter anderem auch, die genauen Aufgaben des zu wählenden Vertretungsorgans „zu ermitteln und zu bewerten“ und Erfahrungen aus anderen Ländern vergleichend heranzuziehen.<sup>884</sup> Und auch der Bremer Staatsgerichtshof verlangt, der Gesetzgeber

<sup>876</sup> Deutlich NWVerfGH, NVwZ 1995, S. 579 (582); siehe auch BerlVerfGH, LKV 1998, S. 142 (144f.); BremStGH, NJOZ 2009, S. 4325 (4333); vgl. zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Wahlrecht u. a. auch BVerfGE 95, 408 (420); 120, 82 (113).

<sup>877</sup> BVerfGE 120, 82 (113f.); 129, 300 (323); 135, 259 (289).

<sup>878</sup> BVerfGE 120, 82 (114); 129, 300 (323); 135, 259 (289).

<sup>879</sup> A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 25.

<sup>880</sup> BVerfGE 120, 82 (113); 129, 300 (322); 135, 259 (289).

<sup>881</sup> BVerfGE 95, 408 (418f.).

<sup>882</sup> Einige Landesverfassungsgerichte wenden sich indes auch explizit gegen entsprechende Verfahrensanforderungen, siehe insbes. ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, S. 1 (2); LKV 2007, S. 175 (175).

<sup>883</sup> NWVerfGH, NVwZ 2000, S. 666 (667); in der Sache ebenso bereits NWVerfGH, NVwZ 1995, 579 (582); sowie nachfolgend NWVerfGH, NVwZ 2018, S. 159 (166).

<sup>884</sup> NWVerfGH, NVwZ 2000, S. 666 (667); mit anderer Formulierung zuvor bereits NWVerfGH, NVwZ 1995, 579 (582); ebenfalls einen Vergleich mit den Befunden in anderen Ländern fordernd MVVerfG, LKV 2001, S. 270 (276).

dürfe über die Erforderlichkeit einer Sperrklausel „nicht ohne empirische Grundlage“ entscheiden; im verfassungsgerichtlichen Verfahren sei es an ihm, die „maßgeblichen [...] Prognosegrundlagen“ vorzulegen.<sup>885</sup>

Eine Kompensationsfunktion beanspruchen diese Verfahrensanforderungen in erster Linie insofern, als sie auszugleichen versuchen, dass die Kontrollfunktion des materiellen Verfassungsrechts<sup>886</sup> im Lichte der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers eingeschränkt ist. Schon die oben zitierte Befürchtung des BVerfG, die gerichtliche Kontrolle könnte ohne derartige Anforderungen unmöglich werden,<sup>887</sup> gibt das klar zu erkennen. Nicht zu übersehen ist indes, dass das gerichtliche Beharren auf wirklichkeitsgerechten, auf konkrete Tatsachen gestützten Prognosen auch eine freiheitsschützende Begrenzungsfunktion<sup>888</sup> erfüllen soll. In der Rechtsprechung klingt das immer dort an, wo die Limitierung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers damit begründet wird, dass dieser mit der Einführung einer Sperrklausel in eigener Sache entscheide und insofern die Gefahr bestehe, dass die parlamentarische Mehrheit die Bedingungen des politischen Wettbewerbs in unlauterer Weise zu ihren eigenen Gunsten verzerre.<sup>889</sup>

#### e) Haushaltsgesetzgebung

Verborgen im Gewand gesetzgeberischer Darlegungspflichten begegnen Ermittlungs- und Bewertungspflichten der Gesetzgebungsorgane auch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Haushaltsgesetzgebung. Anknüpfungspunkt hierfür bildet die auf Bundes- wie auf Landesebene ehemals vorgesehene Befugnis, die verfassungsrechtliche Regelverschuldungsgrenze zu überschreiten, um eine ernsthafte und nachhaltige Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts abzuwehren.<sup>890</sup> Wolle der Haushaltsgesetzgeber hiervon Gebrauch machen, müsse er, so das verfassungsgerichtliche Credo, bereits im Gesetzgebungsverfahren drei Dinge darlegen: „[D]ie Diagnose, daß das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ernsthaft und nachhaltig gestört ist, die Absicht, durch die erhöhte Kreditaufnahme diese Störung abzuwehren, und die begründete Prognose, daß und wie durch die erhöhte Kreditaufnahme dieses Ziel erreicht werden kann“.<sup>891</sup> Ohne es explizit auszusprechen, erlegt das

<sup>885</sup> BremStGH, NJOZ 2009, S. 4325 (4333).

<sup>886</sup> Zu dieser oben § 3 III 2 e).

<sup>887</sup> BVerfGE 120, 82 (114); 129, 300 (323); 135, 259 (289).

<sup>888</sup> Zu dieser oben § 3 III 2 d).

<sup>889</sup> So etwa bei BVerfGE 120, 82 (113); 129, 300 (322f.); BremStGH, NJOZ 2009, S. 4325 (4333); im Schrifttum stößt die Qualifikation als Entscheidung in eigener Sache hingegen teilweise auf Kritik, siehe etwa *B. Grzeszick*, EuR 2012, S. 667 (672f.); *ders.*, NVwZ 2014, S. 537 (538); zustimmend hingegen *S. Roßner*, NVwZ 2012, S. 22 (23); ausführlich *H. Lang*, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007; *T. Streit*, Entscheidung in eigener Sache, 2006.

<sup>890</sup> Siehe Art. 115 Abs. 1 S. 2 2. Hs. GG a. F.

<sup>891</sup> BVerfGE 79, 311 (345); ausführlicher zu dieser Darlegungspflicht noch unten § 3 V 4 b).

BVerfG den Gesetzgebungsorganen damit zugleich die Pflicht auf, die entscheidungsrelevanten Tatsachengrundlagen zu ermitteln und zu bewerten. Denn eine Diagnose, die nicht durchgeführt wurde, lässt sich nicht darlegen, und eine Prognose, die nicht auf einer tatsachenbasierten Einschätzung darüber beruht, welche Wirkungen und Entwicklungen wahrscheinlich erscheinen, lässt sich nicht begründen. Folgerichtig lassen einzelne Landesverfassungsgerichte die implizite Ermittlungs- und Bewertungspflicht deutlicher erkennen, wenn sie betonen, der Gesetzgeber müsse „auf Grund eines Tatsachenbefundes und eines Werturteils“ entscheiden,<sup>892</sup> die „vorliegenden wirtschaftlichen Daten“ einbeziehen,<sup>893</sup> eine „eigene Beurteilung“ vornehmen<sup>894</sup> und im Gesetzgebungsverfahren schließlich gerade auch „die Tatsachen [darlegen], aufgrund derer die Voraussetzungen [der besagten Ausnahmebefugnis] bejaht werden“.<sup>895</sup>

Dass die Rechtsprechung die Funktion dieser Darlegungspflichten ausdrücklich auch darin sieht, die „Unbestimmtheit des materiellen Maßstabs“ auszugleichen,<sup>896</sup> färbt auch auf die impliziten Ermittlungs- und Bewertungspflichten ab. Sofern sie in den besagten Darlegungspflichten enthalten sind, partizipieren sie an deren Kompensationsfunktion. Die Rechtsprechung buchstabiert diese Kompensationsfunktion in zweierlei Hinsicht aus: Zum einen fange die Darlegungspflicht des Gesetzgebers auf, dass die Verfassung angesichts der Unbestimmtheit der Merkmale der „Störung“ und des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ ihre Begrenzungsfunktion nur eingeschränkt erfülle.<sup>897</sup> Die verfassungsrechtliche Intention, die erhöhte Kreditaufnahme auf Ausnahmefälle zu begrenzen, werde verfahrensrechtlich abgesichert, indem die Pflicht zur Darlegung den „Haushaltsgesetzgeber vor dem Forum der Öffentlichkeit dazu [zwingt], sich selbst des Umstands einer Überschreitung der Grenze bewusst zu werden und sich darüber hinaus für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverbehalts im Rahmen des finanzpolitischen Willensbildungsprozesses zu rechtfertigen“.<sup>898</sup> Und zum anderen gleiche die Darlegungspflicht aus, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Kreditaufnahmeentscheidungen angesichts der Offenheit der materiellen Maßstäbe ins Leere zu laufen drohe.<sup>899</sup> Die Dokumentations- und Begründungspflichten verhindern folglich, dass die Gerichte den Zugriff auf die Entscheidungen des Haushaltsgesetzgebers verlieren, und kompensieren damit die eingeschränkte Kontrollfunktion der inhaltlichen

<sup>892</sup> HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662).

<sup>893</sup> MVVerfG, LKV 2006, S. 23 (24); ähnlich BerlVerfGH, NVwZ 2004, S. 210 (216): „Das Verfassungsrecht gebietet eine zusammenhängende, durch Daten unterlegte Darstellung“.

<sup>894</sup> NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290).

<sup>895</sup> NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290).

<sup>896</sup> BVerfGE 79, 311 (344f.).

<sup>897</sup> Vgl. BVerfGE 79, 311 (344f.); BerlVerfGH, NVwZ 2004, 210 (212); HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662); NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290).

<sup>898</sup> HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662).

<sup>899</sup> HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662).

Verfassungsvorgaben. Für die stets mitgedachten Ermittlungs- und Bewertungspflichten gilt dies entsprechend.

*f) Erforderlichkeit der Bundesgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 2 GG*

Für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Altenpflegegesetz ebenfalls verfahrensbezogene Kontrollmaßstäbe etabliert, die in erster Linie die Ermittlung und Bewertung gesetzgeberischer Entscheidungsgrundlagen in den Blick nehmen. Den normativen Ausgangspunkt bildet dabei Art. 72 Abs. 2 GG. Dieser knüpft die Regelungskompetenz des Bundes an die Prognose, dass eine bundeseinheitliche Regelung erforderlich ist, um gleichwertige Lebensverhältnisse sicherzustellen oder die Rechts- und Wirtschaftseinheit zu wahren. In schon bekannter Manier gesteht das BVerfG dem Gesetzgeber auch im Hinblick auf diese Prognose einen Einschätzungsspielraum zu, weil die Komplexität der abzuschätzenden Entwicklungen sichere Voraussagen nicht erlaube.<sup>900</sup> Allerdings könne es „nicht ausreichen, dass künftige Entwicklungen ungewiss sind, um einen völlig kontrollfreien Entscheidungsraum des Gesetzgebers zu begründen“.<sup>901</sup> Um dem damit drohenden Kontrolldefizit entgegenzuwirken, erstreckt das Gericht seine Prüfung unter anderem darauf, „ob der Gesetzgeber seine Entscheidung auf möglichst vollständige Ermittlungen gestützt oder ob er relevante Tatsachen übersehen hat“.<sup>902</sup> Zudem müsse der Gesetzgeber seine Prognose methodisch in konsequenter Umsetzung eines angemessenen Prognoseverfahrens gewinnen.<sup>903</sup> Auch dies habe das BVerfG zu prüfen. Dies alles illustriert: Auch im Kontext des Art. 72 Abs. 2 GG erwartet das BVerfG, dass der Gesetzgeber die Tatsachengrundlagen seiner Einschätzung umfassend ermittelt und methodengerecht bewertet. Und auch im Rahmen des Art. 72 Abs. 2 GG stehen diese Erwartungen im Dienste des Versuchs, gerichtliche Kontrolle auch dort zu ermöglichen, wo das materielle Verfassungsrecht angesichts gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume seine Maßstabsfunktion teilweise einbüßt. Sie zielen darauf, für die Rücknahme der Kontrollfunktion materieller Verfassungsvorgaben Ausgleich zu leisten.

Den letzten Schritt der Prozeduralisierung geht das Gericht dabei indes nicht. Denn wenngleich es im Hinblick auf die Tatsachenermittlung Verfahrenspflichten des Gesetzgebers anerkennt, soll deren Verletzung nur dann zur Verfassungswidrigkeit des beschlossenen Gesetzes führen, wenn das Gesetz auf der

<sup>900</sup> BVerfGE 106, 62 (151 f.); ebenso BVerfGE 111, 226 (255); 125, 141 (154).

<sup>901</sup> BVerfGE 106, 62 (151).

<sup>902</sup> BVerfGE 106, 62 (151); siehe auch ebd., S. 152 sowie BVerfGE 111, 226 (255): „Der Prognose müssen Sachverhaltsannahmen zu Grunde liegen, die sorgfältig ermittelt sind oder sich jedenfalls im Rahmen der gerichtlichen Prüfung bestätigen lassen.“

<sup>903</sup> BVerfGE 106, 62 (152); 111, 226 (255); vgl. auch BVerfGE 125, 141 (154): Überprüfung der „methodischen Grundlagen“.

„fehlerhaften Tatsachenfeststellung des Gesetzgebers beruht“, sich also auch nicht durch andere, im gerichtlichen Verfahren ermittelte Erwägungen begründen lässt.<sup>904</sup>

g) *Gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs*

Abwägungsähnliche Ermittlungs- und Bewertungspflichten des Gesetzgebers hat die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung daneben auch im Zusammenhang mit grundrechtlichen Schutzpflichten eingefordert. Wo die Grundrechte den Gesetzgeber verpflichten, bestimmte Rechtsgüter aktiv vor Beeinträchtigungen zu schützen, kommt ihm im Hinblick auf die Umsetzung ein „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“ zu,<sup>905</sup> weil die Verfassung zwar „den Schutz als Ziel vor[gibt], nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen“ bestimmt.<sup>906</sup> Angesichts der daraus resultierenden Gestaltungsspielräume hat das BVerfG schon in seinem ersten Schwangerschaftsabbruch-Urteil Maßstäbe für die Aufbereitung der gesetzgeberischen Entscheidungsgrundlagen formuliert. Da die Frage nach der richtigen Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs aus vielfältigen Perspektiven diskutiert werde – etwa der Humangenetik, der Anthropologie, der Medizin und Psychologie, der Gesellschaftspolitik, aber auch der Ethik und Moraltheologie – sei es „Aufgabe des Gesetzgebers [...], die aus diesen verschiedenen Sichtweisen entwickelten, unter sich vielseitig verschränkten Argumente zu würdigen“.<sup>907</sup> Ohne deren umfassende Erhebung lässt sich dieser Erwartung freilich nicht genügen.

In seiner zweiten Entscheidung zur Frage des Schwangerschaftsabbruchs ergänzt das BVerfG dies um Anforderungen an die Tatsachenermittlung. Angesichts der Offenheit grundrechtlicher Schutzpflichten sei es verfassungsrechtlich allein entscheidend, dass das gesetzgeberische Schutzkonzept als solches wirksam ist.<sup>908</sup> Der Maßstab der Wirksamkeit macht die Verfassungsmäßigkeit des gesetzlichen Schutzkonzepts allerdings von künftigen, zum Zeitpunkt des Normerlasses folglich ungewissen Auswirkungen der beschlossenen Normen abhängig.<sup>909</sup> Die verfassungsrechtlichen Anforderungen beschränkt dies auf die Frage, ob der Gesetzgeber insofern eine „verlässliche Prognose“<sup>910</sup> angestellt und seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise ausgeübt hat.<sup>911</sup> In

<sup>904</sup> BVerfGE 106, 62 (150).

<sup>905</sup> BVerfGE 88, 203 (262).

<sup>906</sup> BVerfGE 88, 203 (254); vgl. auch bereits BVerfGE 39, 1 (44).

<sup>907</sup> BVerfGE 39, 1 (35 f., Zitat auf S. 36).

<sup>908</sup> BVerfGE 88, 203 (254).

<sup>909</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203 (263): „Ins Gewicht fällt schließlich, daß für den Gesetzgeber [...] die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil über deren Auswirkungen zu bilden, naturgemäß eingeschränkt sind.“ Vgl. in anderem Kontext auch BVerfGE 49, 89 (131).

<sup>910</sup> BVerfGE 88, 203 (263).

<sup>911</sup> BVerfGE 88, 203 (262).

Parallele zu den im Mitbestimmungsurteil entwickelten Direktiven<sup>912</sup> setzt die Vertretbarkeit dieser Prognose nach Auffassung des BVerfG voraus, dass die gesetzgeberischen Schutzvorkehrungen „auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen [...] beruhen“.<sup>913</sup> Demnach muss sich der Gesetzgeber „des erreichbaren, für die [...] Prognose der Schutzwirkung des Konzepts wesentlichen Materials bedienen und es mit der gebotenen Sorgfalt daraufhin auswerten, ob es seine gesetzgeberische Einschätzung hinreichend zu stützen vermag“.<sup>914</sup> Das BVerfG diskutiert die skizzierten Maßstäbe dabei durchweg als Grenzen des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums. Sie fungieren als Ersatz für die durch die Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers zurückgedrängten inhaltlichen Kontrollmaßstäbe.

#### *b) Festlegung des Existenzminimums*

Gut bekannt ist die Forderung nach einer sorgfältigen Tatsachenermittlung durch den Gesetzgeber zudem aus der BVerfG-Rechtsprechung zum Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Bei der Konkretisierung des entsprechenden Leistungsanspruchs ist der Gesetzgeber nach Auffassung des BVerfG nur schwach gebunden. Die materiellen Vorgaben des Grundgesetzes schließen lediglich evident unzureichende Leistungsfestsetzungen aus.<sup>915</sup> Innerhalb der „materiellen Bandbreite, welche diese Evidenzkontrolle belässt,“ liefere die Verfassung indes „keine quantifizierbaren Vorgaben“.<sup>916</sup> Da die verfassungsgerichtliche Kontrolle des Ergebnisses der gesetzgeberischen Festlegung damit weitgehend zahnlos bleibt, verlagert das BVerfG seine Kontrollmaßstäbe auf Fragen des Verfahrens.<sup>917</sup> Teil dieser kompensatorischen Verfahrenskontrolle bildet auch die Erwartung, dass „der Gesetzgeber [...] die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt“.<sup>918</sup> Ebenso wie die vom BVerfG in diesem Kontext entwickelten Konzeptpflichten soll auch diese Ermittlungspflicht Ausgleich dafür leisten, dass die Kontrollfunktion des materiellen Verfassungsrechts einge-

<sup>912</sup> Siehe BVerfGE 50, 290 (333 f.) sowie dazu bereits oben § 3 V 2 c).

<sup>913</sup> BVerfGE 88, 203 (254).

<sup>914</sup> BVerfGE 88, 203 (263).

<sup>915</sup> BVerfGE 125, 175 (225 f.); 132, 134 (165); 137, 34 (75); siehe auch BVerfGE 82, 60 (91 f.).

<sup>916</sup> BVerfGE 125, 175 (226); ähnlich BVerfGE 132, 134 (165); 137, 34 (74).

<sup>917</sup> Ausdrücklich BVerfGE 125, 175 (226): „Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch deshalb auf das Verfahren zur Ermittlung des Existenzminimums, weil eine Ergebniskontrolle am Maßstab dieses Grundrechts nur begrenzt möglich ist.“

<sup>918</sup> BVerfGE 125, 175 (226); vgl. auch BVerfGE 132, 134 (165); 137, 34 (76), wo das BVerfG verlangt, die gesetzgeberische Bestimmung der Leistungsart und -höhe müsse sich „mit einer Methode erklären lassen, nach der die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt werden“. Allerdings stellt das Gericht hier nicht explizit klar, ob damit eine Ermittlung im Gesetzgebungsverfahren gemeint ist. Dass das Gericht hier im Übrigen weniger Begründung, als Begründbarkeit verlangt („muss sich erklären lassen“), könnte auch für eine Ermittlung im verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzverfahren sprechen.



schränkt ist. Sie trägt dazu bei, dass eine gerichtliche Kontrolle innerhalb der materiellen Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers überhaupt erst möglich wird.

### *i) Besoldungsgesetzgebung*

Die im Hartz IV-Urteil angelegte Verfahrenskontrolle hat das BVerfG in der Folge auch auf die gesetzliche Ausgestaltung der Beamten- und Richterbesoldung übertragen.<sup>919</sup> So deutlich wie in wohl keinem anderen Bereich bekennt es sich dort zur Logik der Prozeduralisierung: Da Art. 33 Abs. 5 GG und das in ihm zum Ausdruck kommende Alimentationsprinzip in materieller Hinsicht lediglich eine Evidenzkontrolle der Besoldungshöhe erlaubten und der Gesetzgeber insofern folglich einen weiten Entscheidungsspielraum genieße,<sup>920</sup> bedürfe es „prozeduraler Sicherungen, damit die verfassungsrechtliche Gestaltungsdirektive des Art. 33 Abs. 5 GG auch tatsächlich eingehalten wird“.<sup>921</sup> Zu den damit angesprochenen Verfahrensvorkehrungen zählt das Gericht auch die Pflicht des Gesetzgebers, die für die Bestimmung der Besoldungshöhe maßgeblichen Faktoren bereits im Gesetzgebungsverfahren vollständig zu ermitteln und abzuwägen.<sup>922</sup> Gestalte er die Besoldungsstruktur um, müsse er sich zudem „die tatsächlichen Auswirkungen der Neuregelung [...] vergegenwärtigen und auf dieser Grundlage erwägen, ob die Alimentation (weiterhin) den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht“.<sup>923</sup>

Gerade „mit Blick auf die Ermöglichung von Rechtsschutz“ attestiert das BVerfG diesen Verfahrensanforderungen ausdrücklich eine „Ausgleichsfunktion“.<sup>924</sup> Das prozedural verstandene Abwägungsgebot soll demnach kompensieren, dass die materiellen Vorgaben des Alimentationsprinzips zu viel Spielraum lassen, um die Kontrollfunktion der Verfassung angemessen zu erfüllen.

### *j) Parteienfinanzierung*

Ohne große Umschweife hat das BVerfG diese im Bereich der Besoldungsgesetzgebung bereits etablierte Argumentation zuletzt auch auf den Bereich der Parteienfinanzierung übertragen. Hier beantwortet sie die Frage, welche Grenzen die Verfassung dem Gesetzgeber bei der Erhöhung der sog. absoluten Ober-

<sup>919</sup> Ausdrücklicher Verweis auf die Hartz IV-Entscheidung in BVerfGE 130, 263 (301).

<sup>920</sup> BVerfGE 139, 64 (112 f.); 155, 1 (14 f.)

<sup>921</sup> BVerfGE 130, 263 (301); 155, 1 (47 ff.); siehe auch BVerfGE 139, 64 (126 f.); 140, 240 (296); 149, 382 (395).

<sup>922</sup> BVerfGE 139, 64 (127); 155, 1 (48).

<sup>923</sup> BVerfGE 149, 382 (396).

<sup>924</sup> BVerfGE 139, 64 (127); BVerfGE 140, 240 (296); 155, 1 (47); vgl. auch BVerfGE 130, 263 (301 f.): „Die prozeduralen Anforderungen an den Gesetzgeber kompensieren die Schwierigkeit, das verfassungsrechtlich gebotene Besoldungsniveau anhand materieller Kriterien zu bestimmen.“

grenze setzt, dem Betrag also, den der Staat insgesamt höchstens zur Finanzierung der Parteien aufwenden darf. Der Gesetzgeber, so stellt das Gericht insofern in schon vertrauter Manier fest, genieße im Hinblick auf die Anhebung der Obergrenze einen Gestaltungsspielraum, weil sich aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG kein exakt bezifferbarer Höchstbetrag ableiten lasse.<sup>925</sup> Eben deshalb jedoch, enthalte die Bestimmung ein „Prozeduralisierungsgebot“<sup>926</sup>, dem das Gericht zwar in erster Linie Darlegungs- und Begründungspflichten entnimmt,<sup>927</sup> die sich ihrerseits allerdings gerade auch auf die „Ermittlung und Abwägung der berücksichtigten Bestimmungsfaktoren“ beziehen.<sup>928</sup> Mittelbar erlegt das Gericht dem Gesetzgeber demnach durchaus auch die Pflicht auf, die entscheidungsrelevanten Umstände zu erheben und zu bewerten.<sup>929</sup> Dass diese Verfahrensanforderungen eine Kompensationsfunktion erfüllen, spricht das Gericht auch hier deutlich aus.<sup>930</sup> Sie dienen erstens der „Einhegung des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers“<sup>931</sup> und sollen zweitens sicherstellen, dass „nachvollzogen werden kann, ob der Gesetzgeber bei der Wahrnehmung seines Gestaltungsspielraums die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG beachtet hat“.<sup>932</sup> Sowohl für die Schwächen der Begrenzungs- als auch für diejenigen der Kontrollfunktion des materiellen Rechts versprechen die gesetzgeberischen Verfahrensanforderungen nach Auffassung des BVerfG demnach Ausgleich zu leisten.

### k) Privatschulfinanzierung

Einige Landesverfassungsgerichte stellen auch im Bereich der Privatschulförderung Anforderungen daran, wie der Gesetzgeber seine Entscheidungsgrundlagen ermittelt. Im Lichte der oben bereits diskutierten Leistungskonstellationen (Existenzminimum, Besoldungsrecht) wirkt die Ausgangslage dabei allzu vertraut: Zwar verpflichten die landesverfassungsrechtlichen Vorgaben zur Förderung der Privatschulen<sup>933</sup> und gewähren Ersatzschulen Anspruch auf finan-

<sup>925</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 127.

<sup>926</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 129.

<sup>927</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 129 sowie zu diesen Begründungspflichten noch unten § 3 V 4 e).

<sup>928</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 130.

<sup>929</sup> Das wird auch deutlich in BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 131: „Der mit der Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung angestrebte Rationalisierungsgewinn kann effektiv nur erreicht werden, wenn die erforderlichen Sachverhaltsermittlungen und Abwägungen im Gesetzgebungsverfahren erfolgen“.

<sup>930</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 131: „Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung“; ebenso C. Lenz/M. Gerhold, NVwZ 2023, S. 375 (378).

<sup>931</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 128.

<sup>932</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 129.

<sup>933</sup> So etwa Art. 102 Abs. 3 S. 1 SächsVerf; so auch Art. 7 Abs. 4 GG, siehe dazu nur P. Ba-dura, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 7 Rn. 130 ff. (Stand: 74. Erg.-Lfg. Mai 2015).

ziellen Ausgleich, sofern diese auf die Erhebung von Schul- und Lernmittelgeld verzichten.<sup>934</sup> Doch weder der Umfang der Förderpflicht noch die Höhe des Ausgleichsanspruchs lässt sich den verfassungsrechtlichen Bestimmungen exakt entnehmen.<sup>935</sup> Sie unterliegen der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, der dabei einen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum genießt.<sup>936</sup> Nach Auffassung des SächsVerfGH darf sich die verfassungsgerichtliche Prüfung dennoch nicht auf die (materielle) Frage beschränken, ob die Förderung evident unzureichend ist.<sup>937</sup> Vielmehr bedürfe die Wirksamkeit der Privatschulfreiheit prozeduraler Absicherungen,<sup>938</sup> deren Kontrolle sodann ebenfalls der (Landes-) Verfassungsgerichtsbarkeit obliegt. In diesem Sinne entnimmt die landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung der Privatschulfreiheit zugleich „Anforderungen an die Ermittlung der an Ersatzschulen mindestens zu leistenden Förderung“.<sup>939</sup> Der Gesetzgeber müsse die Höhe der Leistungen „in einem inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren“ einschätzen und dabei „[a]lle wesentlichen Kostenfaktoren für die Bemessung des Mindestbedarfs der Ersatzschulen“ ermitteln und berücksichtigen.<sup>940</sup>

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die BVerfG-Rechtsprechung zur gesetzlichen Festlegung der Richter- und Beamtenbesoldung sehen der Staatsgerichtshof Baden-Württemberg und der Sächsische Verfassungsgerichtshof hierin eine gleich doppelte Kompensation: Gemeinsam mit einigen weiteren prozeduralen Anforderungen gleiche die Pflicht zur transparenten Tatsachenermittlung erstens aus, dass sich die gesetzgeberische Festlegung der Förder- und Ausgleichsleistungen andernfalls der gerichtlichen Kontrolle entzöge, weil sich anhand materieller Kriterien nicht bestimmen lasse, welches Förderniveau die Verfassung verlange.<sup>941</sup> Und zweitens kompensiere die Pflicht, die Entscheidungsgrundlagen in einem transparenten Verfahren zu erheben, dass die Verfassung die Privatschulförderung der Regelungskompetenz des Gesetzgebers

<sup>934</sup> Siehe etwa Art. 14 Abs. 2 S. 3 BWVerf; Art. 102 Abs. 4 S. 2 SächsVerf.

<sup>935</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 121; zu Art. 7 Abs. 4 GG ebenso BVerfGE 90, 107 (117).

<sup>936</sup> BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 128; SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 121

<sup>937</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 128.

<sup>938</sup> BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 130; SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 121, 128; a. A. hingegen BbgVerfG, Urt. v. 12.12.2014 – 31/12 –, juris, Rn. 155.

<sup>939</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 132.

<sup>940</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 133; siehe auch BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 130: Festsetzungen müssen „auf einem transparenten und sachgerechten Verfahren beruhen“, sowie ebd., Rn. 185, 188 (jeweils Pflicht zur „transparenten“ bzw. „hinreichende[n] Ermittlung“) und Rn. 189 (Verbot „einer frei gegriffenen Festlegung“); auch insoweit a. A. BbgVerfG, Urt. v. 12.12.2014 – 31/12 –, juris, Rn. 161.

<sup>941</sup> BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 130: Prozedurale Vorgaben, „um die gesetzgeberische Entscheidung für den Staatsgerichtshof justiziabel zu gestalten“; SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 129.

anvertraue.<sup>942</sup> Offenbar ausgehend von der Befürchtung, der Gesetzgeber könne als Teil der öffentlichen Hand geneigt sein, private Ersatzschulen als Konkurrenz zum öffentlichen Schulwesen wahrzunehmen und sie durch eine unzureichende Finanzierung zu benachteiligen,<sup>943</sup> messen die Gerichte den prozeduralen Anforderungen an die Tatsachenermittlung demnach offenbar auch eine disziplinierende Begrenzungsfunktion zu.

### l) *Finanzausgleichsgesetzgebung*

Einen weiteren, für die hiesige Darstellung letzten Anwendungsfall findet die Forderung nach abwägungstypischen Ermittlungs- und Bewertungspflichten des Gesetzgebers schließlich im Bereich des kommunalen Finanzausgleichs. Die landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung erwartet hier zuweilen (wenngleich keinesfalls unisono)<sup>944</sup>, dass der Gesetzgeber bereits im Gesetzgebungsverfahren „die Grundlagen für einen aufgabengerechten kommunalen Finanzausgleich nachvollziehbar ermittelt“ und dazu „die Finanzstärke und Aufgabenbelastung von Land und Kommunen fachkundig analysiert, bewertet, gewichtet und zum Ausgleich [bringt]“.<sup>945</sup> Die gesetzliche Ausgestaltung des kommunalen Finanzausgleichs könne folglich „ähnlich wie eine Abwägungs- oder Ermessensentscheidung (etwa im Planungsrecht) gerichtlich überprüft werden“.<sup>946</sup>

Den Hintergrund dieser Fokussierung auf das Verfahren der Ermittlung und Bewertung der gesetzgeberischen Entscheidungsgrundlagen bildet die Sorge der Verfassungsgerichte, dass eine materielle Ergebniskontrolle die verfassungsrechtliche Finanzgarantie der Kommunen aus gleich zwei Gründen nicht effektiv zu schützen vermag. Zum einen erschöpfen sich die materiellen Vorgaben der Landesverfassungen in der vagen Verpflichtung, den Kommunen die erforderlichen Finanzmittel zur Verfügung zu stellen bzw. für eine angemessene Finanzausstattung von Gemeinden und Gemeindeverbänden zu sorgen. Die exakte Höhe der verfassungsrechtlich geschuldeten Transferzahlungen lässt sich

<sup>942</sup> BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 130; SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 129.

<sup>943</sup> Vgl. SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 129.

<sup>944</sup> Prozedurale Anforderungen klar ablehnend etwa SächsVerfGH, LKV 2001, S. 223 (227); ebenso auch SachsAnhVerfG, NVwZ-RR 2000, S. 1 (7f.); ebenso BVerfGE 86, 148 (212).

<sup>945</sup> BWStGH, Urt. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 98; siehe auch die unterschiedlichen Ermittlungspflichten bei ThürVerfGH, Urt. v. 21.06.2005 – 28/03 –, juris, Rn. 159, 161f., 166 sowie bei NdsStGH, NVwZ-RR 1998, S. 529 (530: „Kosten nachvollziehbar ermittelt“, 531: „erforderliche Aufgaben- und Kostenanalyse“); NdsStGH, NVwZ-RR 2001, 553 (554); HessStGH, NVwZ 2013, S. 1151 (1153): „nachvollziehbare Ermittlung des durch Aufgabenbelastung und Finanzkraft vorgezeichneten Bedarfs der Kommunen“; RhPfVerfGH, NVwZ 2012, S. 1034 (1036f.); SchlHLVerfG, Urt. v. 27.01.2017 – LVerfG 4/15 –, juris, Rn. 95ff.; ähnliche Anforderungen im Kontext des Kostenausgleichs für die Übertragung von Aufgaben an die Kommunen bei BbgVerfG, LKV 2002, S. 323 (325).

<sup>946</sup> ThürVerfGH, Urt. v. 21.06.2005 – 28/03 –, juris, Rn. 157.

hieraus nach verbreiteter Auffassung nicht ableiten,<sup>947</sup> sondern sie unterliegt – nicht zuletzt angesichts der erforderlichen „Prognosen über den Umfang von Einnahmen, Ausgaben und [kommunalen] Aufgaben“ – der wertenden Einschätzung durch den Gesetzgeber, der dabei einen „weiten Gestaltungsspielraum“ genieße.<sup>948</sup> Zum anderen ließen sich die Wirkungen verfassungswidriger Finanzausgleichsregelungen selbst durch eine nachträgliche Ergebniskontrolle nicht beseitigen, weil die Festsetzungen zum kommunalen Finanzausgleich Bestandteil der Gesamtfinanzplanung des Landes bildeten und deren Revision daher zu einer rückwirkenden Anpassung des Landeshaushalts führen müsste.<sup>949</sup> Selbst eine inhaltliche Kontrolle, die zu dem Ergebnis führte, dass die festgesetzten Beträge hinter dem verfassungsrechtlich gebotenen Niveau zurückbleiben, hätte daher nicht die Aufhebung der Ausgleichsregelungen zur Folge, sondern regelmäßig nur die Feststellung, dass sie den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht genügen.<sup>950</sup>

Dass die Kontrollfunktion der materiellen Vorgaben der Landesverfassung demnach in gleich doppelter Weise eingeschränkt ist, beanspruchen die skizzierten Ermittlungs- und Bewertungspflichten auszugleichen. Erstens indem sie gerade dort Maßstäbe für die gerichtliche Kontrolle bereithalten, wo die materiellen Verfassungsvorgaben sich als nicht justiziabel erweisen;<sup>951</sup> und zweitens indem sie die gesetzgeberische Entscheidungsfindung rationalisieren und die Rechtsschutzeffekte der gerichtlichen Kontrolle auf diese Weise bereits im Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen versuchen.<sup>952</sup>

### *m) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Ermittlungs- und Bewertungspflichten*

Lässt man den vorstehenden Überblick Revue passieren, so zeigt sich: In dem Versuch, Schwächen der materiellen Verfassungsdirektiven auszugleichen, setzen Rechtsprechung und Schrifttum ihre Hoffnungen vielfach auf gesetzgeberische Ermittlungs- und Bewertungspflichten. Anwendung finden sie zum einen in Konstellationen, in denen die Dichte des materiellen Verfassungsrechts so stark zurückgenommen ist, dass es auch den Gerichten nicht gelingt, ihnen inhaltliche Vorgaben zu entnehmen, die über eine Identifikation evident unzu-

<sup>947</sup> BWStGH, Urt. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 91, 95; ThürVerfGH, Urt. v. 21.06.2005 – 28/03 –, juris, Rn. 156; insoweit noch ebenso SächsVerfGH, LKV 2001, S. 223 (227).

<sup>948</sup> BWStGH, Urt. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 92; vgl. auch SächsVerfGH, LKV 2001, S. 223 (227); SchlHLVerfG, Urt. v. 27.01.2017 – LVerfG 4/15 –, juris, Rn. 94.

<sup>949</sup> BWStGH, Urt. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 94.

<sup>950</sup> BWStGH, Urt. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 93 f.; ThürVerfGH, Urt. v. 21.06.2005 – 28/03 –, juris, Rn. 157; eine bloße Unvereinbarkeitsfeststellung etwa bei BVerfGE 86, 148 (279); SächsVerfGH, LKV 2001, S. 223 (228); vgl. auch NWVerfGH, DVBl. 1997, S. 483 (488).

<sup>951</sup> Vgl. ThürVerfGH, Urt. v. 21.06.2005 – 28/03 –, juris, Rn. 157.

<sup>952</sup> BWStGH, Urt. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 96; ThürVerfGH, Urt. v. 21.06.2005 – 28/03 –, juris, Rn. 157.

lässiger Entscheidungsergebnisse hinausgingen. Gesetzgeberische Planungsentscheidungen betrifft das ebenso wie die gesetzgeberische Konkretisierung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten und Leistungsrechte. Wie die Rechtsprechung zu gesetzgeberischen Prognosen illustriert, bemühen die Verfassungsgerichte Ermittlungs- und Bewertungspflichten auch dann, wenn das gesetzgeberische Vorrecht, Einschätzungen über ungewisse künftige Entwicklungen zu treffen, sie daran hindert, den verfassungsrechtlichen Maßstäben exakte Ergebnisvorgaben zu entnehmen.

Im Hinblick auf die Frage, welches genaue Defizit durch gesetzgeberische Ermittlungs- und Bewertungspflichten auf welche Weise auszugleichen versucht wird, zeichnet die vorstehende Durchsicht der Rechtsprechung ein erstaunlich einheitliches Bild. Durchweg wird der Verweis auf Ermittlungs- und Bewertungspflichten von der Hoffnung getragen, die Einschränkungen der Kontroll- und nicht selten auch der Begrenzungsfunktion der materiellen Verfassungsvorgaben ausgleichen zu können. Glaubt man den Fürsprechern kompensatorischer Ermittlungs- und Bewertungspflichten, so verspricht die vollständige Aufarbeitung und sorgfältige Bewertung der Entscheidungsgrundlagen durch den Gesetzgeber nicht nur Rechtsschutzeffekte, die für gewöhnlich der gerichtlichen Kontrolle vorbehalten bleiben, sondern zugleich eine Disziplinierung der gesetzgeberischen Entscheidung, die den inhaltlichen Spielraum der Gesetzgebungsorgane limitiert.

### *3. Partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten*

Partizipative Verfahrenelemente spielen für die Vorstellung, Schwächen des materiellen Rechts ließen sich durch prozedurale Anforderungen an den Gesetzgeber ausgleichen, bislang eine auffällig randständige Rolle.<sup>953</sup> Nur selten verpflichtet das Verfassungsrecht überhaupt einmal dazu, Personen und Behörden in das Gesetzgebungsverfahren einzubinden, deren Beteiligung sich nicht bereits aus den Art. 76 ff. GG ergibt. Anders als im Verwaltungsrecht spielt der Kompensationsgedanke daher weder für die Einbindung von Kontrollgremien (dazu lit. a) oder in ihrem Zuständigkeitsbereich berührte Behörden (dazu lit. b) noch für die Beteiligung von Expertengremien oder sachverständigen Stellen (dazu lit. c) eine herausragende Rolle. Nur gelegentlich klingt der Kompensationsgedanke im Zusammenhang mit Pflichten zur Betroffenen- und Öffentlichkeitsbeteiligung an (dazu lit. d).

---

<sup>953</sup> D. Czybulka, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, 1989, S: 79: „Die Frage der Partizipation spielt im Bereich der gesetzgebenden Gewalt so gut wie keine Rolle“.

## a) Beteiligung von öffentlichen Stellen und Gremien mit Kontrollfunktion

Unabhängige Kontrollgremien, die Gesetzesentwürfe im Vorfeld von Parlamentsentscheidung oder Ausfertigung einer obligatorischen Kontrolle unterziehen, sind dem deutschen Gesetzgebungsrecht weitgehend unbekannt. Die einzige Ausnahme (auf Bundesebene) bildet insofern der Nationale Normenkontrollrat.<sup>954</sup> Er unterzieht Gesetzesentwürfe, die aus den Bundesministerien stammen, einer vorlaufenden, aber in mehrfacher Hinsicht eingeschränkten Kontrolle. So beschränkt sich der Prüfungsauftrag des Normenkontrollrats seinem ursprünglichen Mandat nach darauf, Bürokratiekosten zu reduzieren.<sup>955</sup> Mit der Reform des Kontrollrats im Jahr 2011 trat zwar die Prüfung des Erfüllungsaufwandes an die Stelle der Bürokratiekosten,<sup>956</sup> im Kern blieb der Fokus auf Kostenermittlungsfunktionen dabei indes unangetastet. Nicht der Ausgleich schwacher materiell-rechtlicher Bindungen, sondern die ökonomische Effizienz der Zielerreichung bildet das Leitbild seiner Prüfung.<sup>957</sup> Verpflichtend vorzulegen sind dem Normenkontrollrat zweitens nur Gesetzesentwürfe der Ministerien. Gesetzgebungsinitiativen aus der Mitte des Bundestages werden ihm hingegen nur auf Antrag der Initianten vorgelegt.<sup>958</sup> Drittens steht die Durchführung der Prüfung selbst für Gesetzesvorlagen aus der Ministerialverwaltung im Ermessen des Normenkontrollrats; eine Pflicht, die ihm vorgelegten Entwürfe tatsächlich zu prüfen, besteht nicht.<sup>959</sup>

Angesichts dieser Limitierungen verwundert es nicht, dass die Einbindung des Normenkontrollrats bisher kaum auf den Kompensationsgedanken zurück-

<sup>954</sup> Ähnliche Normenkontrollräte auf Landesebene bestehen etwa in Baden-Württemberg, Thüringen und Sachsen; entsprechende Pläne zur Einrichtung eines Normenkontrollrats in Niedersachsen (siehe LT-Drs. 18/5067) wurden bislang nicht umgesetzt.

<sup>955</sup> Den beschränkten Prüfungsumfang betont etwa *S. Ruf*, Die legislative Prognose, 2021, S. 52.

<sup>956</sup> Vgl. zur Reform des Normenkontrollrats *M. Peifer*, GewArch 2010, S. 479 (479 ff.); *A. Schurig*, Bessere Rechtsetzung im europäischen Vergleich, 2020, S. 106 f., 108; *M. Seckelmann*, ZRP 2010, S. 213 (214 f.).

<sup>957</sup> In diese Richtung auch *A. Schurig*, Bessere Rechtsetzung im europäischen Vergleich, 2020, S. 222: „Konzentration auf die finanzielle Bewertung“; siehe auch *R. Notbohm*, Wirkungen und Grenzen von Institutionen exekutiver Folgenabschätzungskontrolle, 2019, S. 126: „prüft somit ausschließlich negative Kostenfolgen eines Gesetzesentwurfs“; *H. Hofmann/P. Birkenmaier*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 12 Rn. 4.

<sup>958</sup> Siehe § 4 Abs. 3 S. 1, 3 NKRGG, § 45 Abs. 1 S. 1 GGO; siehe auch *H. Hofmann/P. Birkenmaier*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 12 Rn. 37; *T. Linke*, JZ 2016, S. 1081 (1082). *A. Schurig*, Bessere Rechtsetzung im europäischen Vergleich, 2020, S. 95 f. weist darauf hin, dass ursprünglich auch eine Prüfung von Gesetzesinitiativen aus der Mitte des Bundestages vorgesehen war, die entsprechende Regelung aber aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken aufgegeben wurde.

<sup>959</sup> *H. Hofmann/P. Birkenmaier*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 12 Rn. 12; *W. Kahl*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 13 Rn. 20; *R. Notbohm*, Wirkungen und Grenzen von Institutionen exekutiver Folgenabschätzungskontrolle, 2019, S. 101; *S. Ruf*, Die legislative Prognose, 2021, S. 54.

geführt wird. Allenfalls vereinzelt klingt er an, wenn sich etwa *Armin Steinbach* von der Einbindung des Normenkontrollrats eine „flankierende Erinnerungsfunktion“ für die Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung seitens der Ministerien verspricht.<sup>960</sup> Und in der Tat bildet sich das Prüfprogramm der Verhältnismäßigkeit im Kontrollmaßstab des Rates insofern ab, als dessen Mandat nach § 4 Abs. 2 Nrn. 1, 2 NKRg auch die Prüfung umfasst, ob dem Gesetzesentwurf eine verständliche Darstellung von Ziel und Notwendigkeit einer Gesetzesregelung sowie die methodengerechte Durchführung und nachvollziehbare Darstellung der Erwägungen zu alternativen Lösungsmöglichkeiten gelingt.<sup>961</sup> Die drohende Kontrolle durch den Normenkontrollrat kann insofern Anreiz für die Ministerien sein, sich über Zielbestimmung, Eignung und Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung eingehend Rechenschaft abzugeben. In Anbetracht der Einschätzungs- und Wertungsspielräume, die die Verhältnismäßigkeitsprüfung dem Gesetzgeber eröffnet, mag man hierin einen (Ausgleichs-)Mechanismus erkennen, der die partielle Ergebnisoffenheit der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Kontrolle prozeduraler Sorgfalt kompensiert.

#### *b) Beteiligung von Behörden, deren Aufgabenbereich berührt ist*

Im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zumindest vereinzelt vorgesehen ist die Beteiligung von Behörden, deren Kompetenzbereich durch die zu treffende Gesetzgebungsentscheidung berührt ist. Vor allem § 45 Abs. 1 S. 1 GGO bestimmt insofern, dass das bei einem Gesetzgebungsvorhaben federführende Ministerium alle übrigen Bundesministerien, deren Geschäftsbereiche durch das Gesetzgebungsvorhaben berührt werden, frühzeitig in die Vorarbeiten und Ausarbeitung einbeziehen muss. Sofern deren Aufgaben berührt werden, gilt gem. § 21 Abs. 1 GGO Gleiches für die Beauftragten der Bundesregierung, die Bundesbeauftragten sowie die Koordinatorinnen und Koordinatoren der Bundesregierung. Und auch im Kontext der gesetzlichen Standortauswahl für die Endlagerung hochradioaktiver Abfälle verpflichtet § 7 Abs. 1 StandAG zur Anhörung der Träger öffentlicher Belange, deren Aufgabenbereich durch einen Standortvorschlag berührt wird. Da die gesetzliche Festlegung den Endlagerstandort auch für das spätere Anlagenzulassungsverfahren verbindlich

<sup>960</sup> *A. Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, S. 142.

<sup>961</sup> Instruktiv dazu *R. Notbohm*, *Wirkungen und Grenzen von Institutionen exekutiver Folgenabschätzungskontrolle*, 2019, S. 94 ff., insbes. S. 95 (zu Ziel- und Eignungsprüfung) und S. 96 (zur Prüfung der Erforderlichkeit); siehe auch *T. S. Huber*, *Einbindung von Expertise und externem Wissen in das Gesetzgebungsverfahren*, 2021, S. 63, die meint, es werde „überprüft, ob die Regelung erforderlich ist bzw. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleibt“; sehr kritisch hingegen *T. Linke*, *JZ* 2016, S. 1081 (1087), der eine „verkappte Inhaltskontrolle“ befürchtet.



vorgibt,<sup>962</sup> nimmt der Gesetzgeber insofern eine Planungsentscheidung vorweg, die anderenfalls der Zulassungsbehörde obliegen hätte. Insbesondere die für die spätere Anlagengenehmigung zuständigen Behörden dürften angesichts dessen dem Kreis der nach § 7 Abs. 1 StandAG stellungnahmeberechtigten Träger öffentlicher Belange angehören.

Ähnlich wie in den oben skizzierten verwaltungsrechtlichen Konstellationen<sup>963</sup> hat die Tatsache, dass ein Regelungsvorhaben die Kompetenzsphären unterschiedlicher Behörden berührt, in all diesen Fällen zur Folge, dass sich der Kreis der Verfahrensbeteiligten erweitert. Anders als im Verwaltungsrecht, wo entsprechende Beteiligungspflichten gelegentlich als Ausgleich für die verdrängte Entscheidungszuständigkeit der zu beteiligenden Stellen gedeutet werden,<sup>964</sup> wird die Pflicht, die in ihren Entscheidungskompetenzen betroffenen Stellen in das Gesetzgebungsverfahren einzubinden, allerdings bisher nicht auf den Kompensationsgedanken zurückgeführt.

### *c) Beteiligung von Expertengremien, sachverständigen Stellen und sonstigen Wissensträgern*

Daneben wird vor allem die Arbeit der Bundesministerien inzwischen durch eine Vielzahl bereichsspezifischer Sachverständigenräte, wissenschaftlicher Beiräte, Kommissionen und Ressortforschungseinrichtungen unterstützt.<sup>965</sup> Weit überwiegend erbringen sie ihre Beratungsleistungen indes nicht innerhalb konkreter Entscheidungsverfahren, sondern durch periodische Berichte und Stellungnahmen zu bestimmten, teils selbst gewählten Themenkomplexen.<sup>966</sup> Zwar findet vor allem über Expertenkommissionen auch eine stärker entscheidungsbezogene wissenschaftliche Beratung statt.<sup>967</sup> Doch besteht die Funktion derartiger Kommissionen meist darin, Reformvorschläge zu unterbreiten, auf deren Grundlage ein Gesetzesentwurf erst erarbeitet wird.<sup>968</sup> Sie leisten ihren Beitrag folglich, bevor das förmliche Gesetzgebungsverfahren beginnt.<sup>969</sup> Für die – ohnehin vergleichsweise wenigen<sup>970</sup> – beim Bundestag selbst angesiedelten

<sup>962</sup> § 20 Abs. 3 S. 1 StandAG.

<sup>963</sup> Oben § 3 IV 4 b).

<sup>964</sup> Siehe erneut oben § 3 IV 4 b) insbes. vor aa), aa) (2) und bb).

<sup>965</sup> Überblick bei Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Beratungsgremien bei der Bundesregierung und im Bundestag, WD 3 – 3000 – 372/10, S. 7 ff.; siehe auch *T. S. Huber*, Einbindung von Expertise und externem Wissen in das Gesetzgebungsverfahren, 2021, S. 67 ff.

<sup>966</sup> Vgl. *L. Münkler*, Expertokratie, 2020, S. 542.

<sup>967</sup> Dazu *L. Münkler*, Expertokratie, 2020, S. 566 ff.; aus empirischer Perspektive ausführlich *S. T. Siefken*, Expertenkommissionen im politischen Prozess, 2007.

<sup>968</sup> *L. Münkler*, Expertokratie, 2020, S. 567.

<sup>969</sup> *E. Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, 2017, S. 95.

<sup>970</sup> *L. Münkler*, Expertokratie, 2020, S. 542 konstatiert insofern eine „vorrangige Angliederung von Expertengremien an die Bundesregierung bzw. einzelne Bundesministerien“, die dazu führe, dass „nicht hauptsächlich die Legislative, sondern vielmehr die Exekutive von

Beratungsgremien stellt sich das ähnlich dar: Auch Enquête-Kommissionen entwickeln vorrangig „Empfehlungen für künftige gesetzgeberische Tätigkeiten“<sup>971</sup> und selbst die Endlagerkommission die das StandAG bis 2017 noch vor-sah, sollte lediglich die wissenschaftlichen Entscheidungsgrundlagen für die erst nachfolgende Standortauswahl seitens des Gesetzgebers erarbeiten.<sup>972</sup> Unmittelbar in das Gesetzgebungsverfahren einbezogen sind auch sie nicht.<sup>973</sup> Nur über Sachverständigenanhörungen in den Ausschüssen wird externer Sachverstand demnach direkt in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt.<sup>974</sup>

Eine (verfassungsrechtliche) Verpflichtung von Bundesregierung und Bundestag, ihre Entscheidungen durch die Einbindung von Experten- bzw. Enquête-Kommissionen oder die Ausschussanhörung individueller Sachverständiger vorzubereiten, besteht indes regelmäßig nicht.<sup>975</sup> Die einzige regelbestätigende Ausnahme findet sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung des BVerfG zur erhöhten Schuldenaufnahme nach Art. 115 Abs. 1 S. 2 2. Hs. GG a. F. Und selbst hier spricht das Gericht die Pflicht zur Einbindung sachverständiger Gremien nicht direkt aus, sondern verbirgt sie in einer gesetzgeberischen Dokumentationspflicht: Wolle der Haushaltsgesetzgeber von seiner Ausnahmebefugnis Gebrauch machen, einen erhöhten Kredit aufzunehmen, um eine ernsthafte und nachhaltige Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts abzuwehren, so müsse er bereits im Gesetzgebungsverfahren darlegen, dass eine solche Störung vorliege und die Schuldenaufnahme zu deren Abwehr beizutru-

---

Experten beraten wird“; ebenso *E. Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, 2017, S. 95; *J. Krüper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 38 Rn. 10.

<sup>971</sup> Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Beratungsgremien bei der Bundesregierung und im Bundestag, WD 3 – 3000 – 372/10, S. 45; ebenso *T. S. Huber*, Einbindung von Expertise und externem Wissen in das Gesetzgebungsverfahren, 2021, S. 95 f.

<sup>972</sup> § 3 Abs. 2 StandAG in der Fassung vom 23.7.2013, BGBl. I S. 2553.

<sup>973</sup> Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Beratungsgremien bei der Bundesregierung und im Bundestag, WD 3 – 3000 – 372/10, S. 46 nennt als einzigen Fall eines in das Gesetzgebungsverfahren einbezogenen Beratungsgremiums den oben bereits angesprochenen Normenkontrollrat; vgl. auch *J. Krüper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 38 Rn. 10, nach dem „Beratung innerhalb von Normsetzungsprozessen eher situativ durch einschlägige Experten stattfindet“.

<sup>974</sup> Dazu u. a. *F. W. Appoldt*, Die Öffentlichen Anhörungen (»Hearings«) des Deutschen Bundestages, 1971, S. 66; *J. Ennuschat*, DVBl. 2004, S. 986 (990); *T. S. Huber*, Einbindung von Expertise und externem Wissen in das Gesetzgebungsverfahren, 2021, S. 93; *L. Kißler*, Die Öffentlichkeitsfunktion des Deutschen Bundestages, 1976, S. 236 f.; *R. Notbohm*, Wirkungen und Grenzen von Institutionen exekutiver Folgenabschätzungskontrolle, 2019, S. 337.

<sup>975</sup> Für die Einbeziehung von Sachverständigen und Interessenvertretern ausführlich *F. Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 132 ff.; ferner *M. Heintzen*, in Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 9 Rn. 23 im Hinblick auf externe Beratung, also die Einbeziehung von Sachverständigen, die nicht in den „Abhängigkeits- und Verantwortungszusammenhang der Staatsorganisation“ eingebunden sind (ebd., Rn. 11); *L. Münkler*, Expertokratie, 2020, S. 553 in Bezug auf Beiräte: „keine Anhörungspflicht“.

gen geeignet sei.<sup>976</sup> Im Rahmen dieser Darlegung habe er unter anderem „zu erkennen zu geben, ob er mit der Beurteilung [des Finanzplanungsrats, des Konjunkturats, des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung sowie der Deutschen Bundesbank] übereinstimmt oder aus welchen Gründen er abweicht“.<sup>977</sup> Auch wenn sich daraus nicht die Pflicht ergibt, den genannten Organen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, so lässt sich dieser Darlegungspflicht doch nicht genügen, ohne die unabhängig von einem konkreten Gesetzgebungsverfahren erarbeiteten Auffassungen der genannten Gremien aktiv in das Gesetzgebungsverfahren einzubeziehen. Ganz in diesem Sinne stellt das BVerfG denn auch klar, dass „Regierung und Parlament“ die Diagnosen und Prognosen, auf die sich die Darlegungspflicht bezieht, „auf der Basis sachverständiger Beratung“ treffen müssen.<sup>978</sup> Angesichts dieser Verknüpfung hat die Pflicht, die sachverständige Beurteilungen der besagten Organe zu berücksichtigen, auch an der Kompensationsfunktion teil, die das BVerfG der Pflicht attestiert, eben diese Berücksichtigung im Gesetzgebungsverfahren zu dokumentieren. Das BVerfG verbindet sie mit dem Anspruch, die Unbestimmtheit der materiellen Verfassungsvorgaben auszugleichen.<sup>979</sup> Sie sollen helfen, die „Inanspruchnahme der Ausnahmebefugnis zu erhöhter Kreditaufnahme [...] – trotz des Fehlens eindeutiger materiell-rechtlicher Vorgaben – auf Ausnahmefälle zu beschränken“.<sup>980</sup> Auf die obigen Verfassungsfunktionen gemünzt, beanspruchen sie folglich Schwächen der verfassungsrechtlichen Begrenzungsfunktion auszugleichen.

Jenseits dieser Unikat gebliebenen Entscheidung sind gerichtliche Forderungen nach der Einbindung beratender Sachverständigengremien allerdings auch für die Landesebene die seltene Ausnahme geblieben.<sup>981</sup> Allgemeingültige zwingende Vorgaben zur Beteiligung externen Sachverständigen enthält demnach einzig § 47 Abs. 3 GGO, der vorsieht, dass Gesetzesentwürfe der Bundesministerien frühzeitig den Verbänden und Fachkreisen zuzuleiten sind. Eine Ausgleichsfunktion wird für diese Form der Wissensgenerierung indes nicht behauptet.<sup>982</sup>

<sup>976</sup> BVerfGE 79, 311 (344f.); zu dieser Darlegungspflicht noch unten § 3 V 4 b).

<sup>977</sup> BVerfGE 79, 311 (345); ebenso BerlVerfGH, NVwZ 2004, S. 210 (212); NWVerfGH, NVwZ 2011, S. 805 (807).

<sup>978</sup> BVerfGE 119, 96 (146f.).

<sup>979</sup> BVerfGE 79, 311 (344f.): „die Unbestimmtheit des materiellen Maßstabs findet damit ein Stück weit ihren Ausgleich in formell-verfahrensmäßigen Anforderungen“.

<sup>980</sup> BVerfGE 79, 311 (344).

<sup>981</sup> Siehe aber NWVerfGH, Urt. v. 19.07.2011 – VerfGH 32/08 –, BeckRS 2011, 52552, der den Gesetzgeber aufgrund der Pflicht zur Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen auch gehalten sieht, „sich bei Bedarf des Sachverständigen Dritter [zu] bedienen“.

<sup>982</sup> Bedeutungslos bleibt die Einbeziehung externen Sachverständigen für die gesetzgebungsbezogene Idee der Kompensation durch Verfahren ungeachtet dessen nicht. Denn zur Beantwortung der Frage, ob der Gesetzgeber seinen (als Ausgleichsmechanismus verstandenen)

## d) Beteiligung von Betroffenen und allgemeiner Öffentlichkeit

Wo das formelle Gesetzgebungsverfahren sich für die Partizipation von Betroffenen und allgemeiner Öffentlichkeit öffnet, klingt die Logik prozeduraler Kompensation zumindest leise an. Die starke Orientierung am Modell streng repräsentativer Demokratie hat indes zur Folge, dass entsprechende Beteiligungsvorgaben selten sind.<sup>983</sup> Auf Bundesebene finden sich die ausführlichsten Vorgaben hierzu im Geschäftsordnungsrecht: Verbänden und Fachkreisen ist der Entwurf einer jeden Gesetzesvorlage, die die von ihnen vertretenen Interessen bzw. das Themenfeld ihrer Tätigkeit tangiert,<sup>984</sup> frühzeitig zuzuleiten<sup>985</sup> und ihnen auf diese Weise die Möglichkeit zu eröffnen, eine Stellungnahme abzugeben.<sup>986</sup> Und über Gesetzesentwürfe, die Regelungen über die Aufnahme oder Ausübung eines Berufs enthalten, ist die allgemeine Öffentlichkeit zu informieren; allen betroffenen Parteien ist zudem Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.<sup>987</sup> § 41 GGO statuiert darüber hinaus eine Soll-Pflicht der Bundesministerien, bereits vor Abfassung eines jeden Gesetzesentwurfs die Auffassungen der Länder und kommunalen Spitzenverbände einzuholen, sofern deren Belange berührt sind.<sup>988</sup> Und auch der anschließend erstellte Entwurf einer Gesetzes-

---

Pflichten zur Sachverhaltsermittlung und -bewertung hinreichend nachgekommen ist, nimmt die Rechtsprechung zuweilen durchaus auch das Maß sachverständiger Entscheidungsberatung in den Blick. So verweist das BVerfG etwa in BVerfGE 50, 290 (334f.) auf die sorgfältigen Vorarbeiten der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung (sog. Mitbestimmungskommission). Auch BWStGH, Urt. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 98f. betont die Möglichkeit, die prozeduralen Anforderungen an die Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen durch „Einschaltung eines fachkundigen Gremiums“ (ebd., Rn. 99) zu erfüllen.

<sup>983</sup> Der soweit ersichtlich einzige – jedenfalls aber der bekannteste (*M. Heintzen*, in Kluth/Krings [Hrsg.], Gesetzgebung, 2014, § 9 Rn. 19 verweist auf „spezialgesetzliche Beteiligungsrechte“ im Plural, ohne aber weitere zu benennen) – bundesgesetzlich geregelte Fall ist § 118 BBG. Er verpflichtet dazu, bei der Vorbereitung allgemeiner Regelung beamtenrechtlicher Verhältnisse die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften einzubeziehen. Siehe dazu noch sogleich unten § 3 V 3 d) cc). Für einen Ausbau der Betroffenenbeteiligung im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren etwa *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier/Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 71 (109ff.).

<sup>984</sup> Vgl. *E. Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, 2017, S. 315f.; die Auswahl der zu beteiligenden Verbände stellt § 47 Abs. 3 S. 2 GGO allerdings ins Ermessen des federführenden Ministeriums, mit rechtsvergleichenden Erwägungen kritisch dazu *T. Roser*, ZParl 15 (1984), S. 534 (534ff.).

<sup>985</sup> § 47 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 GGO.

<sup>986</sup> Zu dieser – im Wortlaut des § 47 GGO nicht ausdrücklich angelegten – Stellungnahmemöglichkeit *F. Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 113; *T. S. Huber*, Einbindung von Expertise und externem Wissen in das Gesetzgebungsverfahren, 2021, S. 91; zur Vorgängerregelung auch *H. J. Schröder*, Gesetzgebung und Verbände, 1976, S. 77.

<sup>987</sup> Siehe § 42a Abs. 3 GGO i. V. m. Art. 8 Richtlinie (EU) 2018/958.

<sup>988</sup> Laut *T. S. Huber*, Einbindung von Expertise und externem Wissen in das Gesetzgebungsverfahren, 2021, S. 39, 41 wird in der Praxis zuweilen auch Interessenverbänden bereits

vorlage muss in diesen Fällen den Ländern, ihren Vertretungen beim Bund sowie den kommunalen Spitzenverbänden frühzeitig zugeleitet werden.

Das Grundgesetz bildet diese Beteiligungsvorgaben nur unvollständig ab. Beteiligungsmöglichkeiten für Verbände, Fachkreise oder allgemeine Öffentlichkeit sieht es nicht vor. Und auch die von einem Gesetzesvorhaben betroffenen Länder sind – sieht man einmal davon ab, dass sie über den Bundesrat regelmäßig an der Gesetzgebung mitwirken – nur im Rahmen von Neugliederungen des Bundesgebiets unmittelbar in das Gesetzgebungsverfahren einzubeziehen, nämlich anzuhören.<sup>989</sup> Für Gemeinden und Kreise stellt sich das nicht anders dar: Auch ihre Mitwirkung kommt im Wortlaut der Verfassung nur insofern zum Ausdruck, als sie anzuhören sind, sofern sie von Grenzänderungen der Bundesländer betroffen sind.<sup>990</sup> Das Landesverfassungsrecht ist insofern beinahe durchweg großzügiger: Nach den entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Vorgaben sind Gemeinden und Gemeindeverbände im Gesetzgebungsverfahren in allen Fällen anzuhören, in denen das verfahrensgegenständliche Gesetz allgemeine Regelungen trifft, die die Gemeinden berühren.<sup>991</sup> Für kommunale Neugliederungen fordern einige Landesverfassungen zudem, dass auch die Bevölkerung der unmittelbar betroffenen Gebiete angehört wird.<sup>992</sup> Darüber hinausgehende Pflichten zur Einbeziehung der allgemeinen Öffentlichkeit oder betroffener Bürgerinnen und Bürger finden sich indes auch im Landesverfassungsrecht nicht.<sup>993</sup>

Eine prominente Rolle spielt der Kompensationsgedanke bei all diesen Beteiligungsanforderungen nicht.<sup>994</sup> Im Zusammenhang mit kommunalen Neuglie-

---

in dieser Phase des Gesetzgebungsprozesses Gelegenheit gegeben, ihre Interessen einzubringen.

<sup>989</sup> Art. 29 Abs. 2 S. 2 GG; siehe aber auch Art. 32 Abs. 2 GG, wonach die Länder zu hören sind, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag abgeschlossen werden soll, der die besonderen Verhältnisse eines Landes berührt. Ein Bundesgesetz (und ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren) erfordern derartige Verträge indes nur unter den Voraussetzungen des Art. 59 GG.

<sup>990</sup> Art. 29 Abs. 7 S. 3, Abs. 8 S. 2 GG.

<sup>991</sup> Art. 71 Abs. 4 BWVerf; Art. 84 Abs. 2 SächsVerf; eine Anhörung der kommunalen Spitzenverbände verlangen hingegen Art. 83 Abs. 7 S. 1 BayVerf; Art. 97 Abs. 4 BbgVerf; Art. 124 SVerf; Art. 57 Abs. 6 NdsVerf; Beteiligungsrechte der Kommunen für die Verfassung Mecklenburg-Vorpommerns ablehnend aber MVVerfG, LKV 2006, S. 461 (465).

<sup>992</sup> So etwa Art. 98 Abs. 2 S. 3 BbgVerf; Art. 74 Abs. 2 S. 3 BWVerf; Art. 59 Abs. 3 NdsVerf; Art. 90 S. 2 SachsAnhVerf; Art. 88 Abs. 2 S. 3 SächsVerf; Art. 92 Abs. 2 S. 3 ThürVerf.

<sup>993</sup> Nicht verpflichtende, informelle Instrumente zur Einbeziehung der allgemeinen Öffentlichkeit werden allerdings in einigen Bundesländern bereits regelmäßig erprobt, siehe für Baden-Württemberg etwa *F. Brettschneider/A. Renkamp*, Partizipative Gesetzgebungsverfahren, 2016 sowie *F. Decker*, ZParl 2021, S. 125 (129ff.).

<sup>994</sup> Überhaupt scheint über den Sinn mancher dieser Beteiligungserfordernisse Unklarheit zu bestehen, vgl. etwa *R. Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 29 Rn. 52 (Stand: 77. Erg.-Lfg. Mai 2016). Für die Beteiligung von Verbänden und Fachkreisen weist auch *H.J. Schröder*, Gesetzgebung und Verbände, 1976, S. 75ff. anhand der Entstehungsgeschichte sogar das Gegenteil nach: Die entsprechende Aufnahme der Vorschrift in die GGO verfolgte das Ziel, den zuvor unregelmäßigen Verbandseinfluss zu begrenzen.

derungen (dazu lit. aa) und gesetzesförmigen Fachplanungsentscheidungen (dazu lit. bb) ist er der Sache nach aber doch präsent. Und auch für den Bereich des Beamtenrechts etablieren die bundes- und landesgesetzlichen Vorgaben Beteiligungspflichten, die nicht nur im Schrifttum, sondern sogar vom Gesetzgeber selbst als Ausdruck des Kompensationsgedankens interpretiert werden (dazu lit. cc).

#### *aa) Kommunale Neugliederungen*

Ebenso wie einige Landesverfassungen macht auch das BVerfG kommunale Neugliederungen unter anderem davon abhängig, dass die von den vorgesehenen Änderungen betroffenen Gebietskörperschaften im Gesetzgebungsverfahren angehört werden.<sup>995</sup> Neben der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie stützt das BVerfG diesen ungeschriebenen Beteiligungsvorbehalt auf das Rechtsstaatsprinzip:<sup>996</sup> Weil der Gesetzgeber erst durch die Anhörung der betroffenen Gemeinden die „erforderliche umfassende und zuverlässige Kenntnis von allen erheblichen Umständen“ erhalte und er eine „Abwägung der verschiedenen, oft gegenläufigen Interessen“ ohne deren Beteiligung folglich nicht „sachgerecht“ durchführen könne, sei eine entsprechende Anhörung auch verfassungsrechtlich geboten.<sup>997</sup> Sowohl das BVerfG als auch einige Landesverfassungsgerichte konzipieren die Anhörungspflicht damit als Teil der oben bereits besprochenen Pflicht des Gesetzgebers, im Falle kommunaler Neugliederungsentscheidungen den maßgeblichen Sachverhalt einschließlich aller abwägungsrelevanten Gründe zutreffend und vollständig zu ermitteln.<sup>998</sup> Wie oben dargelegt, dient diese Ermittlungspflicht dem prozeduralen Ausgleich der Spielräume, die der Gesetzgeber im Hinblick auf die in materieller Hinsicht maßgebliche Frage genießt, ob die Neugliederung aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt ist.<sup>999</sup> Sofern die Anhörungsverpflichtung einen zwingenden Bestandteil dieser Ermittlungspflicht bildet, hat sie folglich auch an deren Kompensationsfunktion Teil. Zuweilen wird das Kompensationsnarrativ in der Rechtsprechung denn auch klar angesprochen. Das Gebot, die betroffenen Gemeinden

<sup>995</sup> BVerfGE 50, 195 (202 f.); 86, 90 (107 ff.); siehe aus dem Kreis der Landesverfassungen etwa Art. 90 S. 2 SachsAnhVerf; Art. 92 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 3 ThürVerf; siehe auch Art. 98 Abs. 3 S. 3 BbgVerf.

<sup>996</sup> BVerfGE 50, 195 (202 f.); ebenso SachsAnhVerfG, LKV 1995, S. 75 (76); zur Begründung aus dem Rechtsstaatsprinzip auch RhPfVerfGH, DVBl. 1969, S. 799 (807).

<sup>997</sup> BVerfGE 50, 195 (202); der Sache nach ebenso NWVerfGH, DVBl. 1976, S. 391 (391 f.); RhPfVerfGH, DVBl. 1969, S. 799 (807 f.); vgl. auch BVerfGE 86, 90 (108).

<sup>998</sup> Vgl. zu diesem Zusammenhang zwischen Sachverhaltsermittlung und Anhörungspflicht neben den soeben Genannten auch BWStGH, NJW 1975, S. 1205 (1213 f.); SachsAnhVerfG, LKV 1995, S. 75 (77): Anhörung habe die „Funktion, sicherzustellen, daß der Gesetzgeber den für die (materielle) Gemeinwohl-Abwägung maßgeblichen Sachverhalt (verfahrensrechtlich) umfassend ermittelt“.

<sup>999</sup> Siehe oben § 3 V 2 a).

anzuhören, sei, so meint etwa der Niedersächsische Staatsgerichtshof, gerade auch deshalb von Bedeutung, weil „die nachträgliche Rechtskontrolle [kommunaler Neugliederungsentscheidungen] nur eine begrenzte Wirksamkeit entfaltet“ und es zugleich einer „Verfassungsposition der Kommunen entspricht“.<sup>1000</sup> Die Anhörungspflicht zu Gunsten der betroffenen Kommunen verbindet er demnach mit dem Anspruch, die Schwächen der rechtsschützenden Begrenzungs- und vor allem Kontrollfunktion der materiellen Verfassungsvorgaben auszugleichen. Die doppelte Verankerung in Selbstverwaltungsgarantie und Rechtsstaatsprinzip bringt dies treffend zum Ausdruck.

### *bb) Gesetzesförmige Fachplanungsentscheidungen*

Die für den Bereich kommunaler Neugliederungen prägende Verknüpfung von gesetzgeberischen Anhörungs- und legislativen Ermittlungspflichten wiederholt sich in der Rechtsprechung des BVerfG zu Zulässigkeit und Voraussetzungen gesetzesförmiger Fachplanungsentscheidungen.<sup>1001</sup> Vor allem im Schrifttum wird – wie oben bereits dargestellt<sup>1002</sup> – die Erwartung, der Gesetzgeber müsse im Fall der Planung durch Gesetz den „erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig [...] ermitteln“<sup>1003</sup>, als Kompensation dafür angesehen, dass Planungsentscheidungen des Gesetzgebers in inhaltlicher Hinsicht nur schwachen Bindungen unterliegen und das materielle Verfassungsrecht seine rechtsschützende Begrenzungs- und Kontrollfunktion daher nur eingeschränkt erfüllt.<sup>1004</sup> Zur entsprechenden Ermittlungspflicht des Gesetzgebers zählt nach Auffassung des BVerfG allerdings auch „die Pflicht des Gesetzgebers, die [von einer gesetzlichen Planung] individuell betroffenen Grundstückseigentümer und Gemeinden anzuhören“.<sup>1005</sup> Diese sei von jener „[mit-]umfasst“.<sup>1006</sup> Der Kompensationsanspruch der Ermittlungspflicht dürfte sich daher auch auf sie erstrecken.

<sup>1000</sup> NdsStGH, Urt. v. 03.06.1980 – 2/79 –, juris, Rn. 48; andeutungsweise in diese Richtung auch BVerfGE 137, 108 (156).

<sup>1001</sup> In seiner Entscheidung zur Südumfahrung Stendal verweist das BVerfG in den Zitaten ausdrücklich auf seine Rechtsprechung zu kommunalen Neugliederungen, siehe BVerfGE 95, 1 (23) mit Verweis u. a. auf BVerfGE 50, 195 (202 f.); 86, 90 (107 f.).

<sup>1002</sup> Siehe oben § 3 V 2 b).

<sup>1003</sup> BVerfGE 95, 1 (23).

<sup>1004</sup> So insbes. *F. Ossenbühl*, in: Festschrift für W. Hoppe, 2000, S. 183 (192 f.).

<sup>1005</sup> BVerfGE 95, 1 (23). Einfachgesetzlichen Niederschlag hat diese Rechtsprechung im StandAG gefunden, das mit der gesetzlichen Festlegung eines Endlagerstandorts einen Fall der Legalplanung darstellt und in diesem Rahmen eine umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung vorsieht. In den Gesetzgebungsmaterialien wird diesbezüglich auf die in der Stendal-Entscheidung vom BVerfG entwickelten Vorgaben verwiesen, siehe BT-Drs. 17/13471, S. 29 f. Der Kompensationsgedanke wird dort indes nicht ausdrücklich thematisiert und auch in Schrifttum und Rechtsprechung zum StandAG spielt er keine bedeutende Rolle; entsprechende Anklänge finden sich aber bei *L. P. Hamacher*, Standortauswahl für ein Endlager für hochradioaktive Abfälle, 2022, S. 226.

<sup>1006</sup> BVerfGE 95, 1 (23).

## cc) Gesetzliche Ausgestaltung der beamtenrechtlichen Verhältnisse

Gesetzliche Vorgaben zur Betroffenenbeteiligung im Gesetzgebungsverfahren finden sich schließlich im Kontext des Beamtenrechts. § 118 BBG verlangt insofern, die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften im Rahmen der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse anzuhören.<sup>1007</sup> Und auch die beamtenrechtlichen Bestimmungen der Länder räumen den Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbänden das Recht ein, zu Entwürfen all derjenigen Gesetze Stellung zu nehmen, mit denen die beamtenrechtlichen Verhältnisse ausgestaltet werden sollen.<sup>1008</sup> Ausweislich der Gesetzesbegründung kommt den Spitzenverbänden dabei die Funktion zu, die Interessen der Beamtinnen und Beamten in das Gesetzgebungsverfahren einzubringen.<sup>1009</sup> Besondere Bedeutung erlangt das deshalb, weil im Beamtenverhältnis nach überwiegender Auffassung weder Streikrecht noch Tarifautonomie bestehen und die in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten hergebrachten Grundsätze des Beamtentums insofern den Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG für Beamtinnen und Beamte beschränken.<sup>1010</sup> Schon die Gesetzesbegründung zur Vorgängerregelung des § 118 BBG sah den Zweck der Beteiligungspflicht daher darin, eben dieses Weniger an Grundrechtsschutz ausgleichen.<sup>1011</sup> Und auch im Schrifttum ist diese Ausgleichsfunktion allgemein anerkannt: Die Pflicht zur Beteiligung der Gewerkschaftsverbände soll kompensieren, dass für eine tarifvertragliche Aushandlung der Beschäftigungsbedingungen im Beamtenverhältnis kein Raum bleibt.<sup>1012</sup>

Von den sonstigen Formen der Kompensation durch Verfahren unterscheidet sich diese Konstellation indes insofern, als die Beteiligungsvorgabe weder auf die Unbestimmtheit des materiellen Verfassungsrechts noch auf gesetzgeberische Entscheidungsspielräume reagiert. Das Defizit, das hier kompensiert werden soll, ist ein inhaltliches: der eingeschränkte Gewährleistungsgehalt der Koalitionsfreiheit.

<sup>1007</sup> BT-Drs. 16/4027, S. 35.

<sup>1008</sup> Siehe bspw. § 89 LBG Baden-Württemberg und Art. 16 BayBG. Die landesrechtlichen Vorschriften sehen darüber hinaus auch die Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände vor, siehe § 90 LBG Baden-Württemberg, Art. 17 BayBG.

<sup>1009</sup> BT-Drs. 16/4027, S. 35.

<sup>1010</sup> Siehe statt vieler BVerfGE 148, 296 (367 ff.).

<sup>1011</sup> BT-Drs. 16/4027, S. 35; dies aufgreifend BVerfGE 148, 296 (368).

<sup>1012</sup> Siehe u. a. *E. Benda/D. Umbach*, Der beamtenrechtliche Beteiligungsanspruch, 1996, S. 39 ff.; *U. Battis/R. Bahns*, ZBR 2016, S. 325 (325); *M. Böhm*, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 2010, S. 10 ff.; *dies.*, ZBR 2013, S. 181 (182); *T. Hebel*, in: Battis (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, 6. Aufl. 2022, § 118 Rn. 1; *E. Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, 2017, S. 310; kritisch aber *H. J. Schröder*, Gesetzgebung und Verbände, 1976, S. 55 ff.; sogar gänzlich gegen eine Deutung als Instrument zur Wahrung des Koalitionsfreiheit *M. G. Ammermüller*, Verbände im Rechtsetzungsverfahren, 1971, S. 25 ff., insbes. 55, 90.



e) *Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch partizipative Verfahren*

Im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren sind partizipative Verfahrenselemente, die zur Einbindung von Kontrollgremien, sachverständigen Stellen oder in ihrem Aufgabenbereich berührten Behörden verpflichten, die seltene Ausnahme und auch Beteiligungsvorgaben zugunsten von Betroffenen oder allgemeiner Öffentlichkeit sind kaum verbreitet. Wo sie doch bestehen, werden sie oft als besondere Ausprägung gesetzgeberischer Ermittlungspflichten verstanden. Ebenso wie diesen wird ihnen daher zumindest vereinzelt eine Kompensationsfunktion attestiert. Auszugleichen beanspruchen sie dabei durchweg die eingeschränkte Kontroll- und zuweilen Begrenzungsfunktion der materiellrechtlichen Vorgaben. Wie sich am Beispiel der Gesetzgebung im Beamtenrecht zeigt, reagieren sie vereinzelt indes auch auf inhaltliche Defizite des materiellen Rechts.

4. *Dokumentations- und Begründungspflichten*

Einen weiteren wichtigen Teil der Antwort auf die Frage, mit welchen Verfahrensanforderungen das Verfassungsrecht die geringe materiell-rechtliche Bindung des Gesetzgebers auszugleichen sucht, bilden gesetzgeberische Dokumentations- und Begründungspflichten. Zwar steht das Schrifttum vor allem Begründungspflichten des Gesetzgebers aus unterschiedlichen Gründen sehr kritisch gegenüber:<sup>1013</sup> Guter Gründe bedürfe ein Gesetzesbeschluss schon deshalb nicht, weil der im Mehrheitsbeschluss des Parlaments zum Ausdruck kommende Wille genüge, um ein Gesetz zu legitimieren.<sup>1014</sup> Da sich gesetzgeberische Entscheidungen zudem nicht aus den (Rahmen-)Vorgaben der Verfassung ableiten und folglich auch nicht durch diese allein rechtfertigen ließen, erschöpften sich Begründungen hier in der Angabe bloßer Motive.<sup>1015</sup> Und weil Parlamentarier und Bundesratsmitglieder einem Gesetz schließlich aus sehr unterschiedlichen Motiven zustimmten, sei eine einheitliche Begründung des Gesetzes schlicht ausgeschlossen.<sup>1016</sup> Nicht alle dieser Einwände überzeugen freilich gleichermaßen. Die Rechtsprechung scheint sie jedenfalls nicht zu teilen. Stattdes-

<sup>1013</sup> Siehe aus dem Kreis der Kritiker etwa *T. Hebler*, DÖV 2010, S. 754 (762); *W. Kluth*, in: ders./Kriings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 14 Rn. 20f.; *K.-A. Schwarz/C. Bravidor*, JZ 2011, S. 653 (656f., 658f.).

<sup>1014</sup> Siehe *K. Redeker/U. Karpenstein*, NJW 2001, S. 2825 (2827); *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 80.

<sup>1015</sup> *C. Waldhoff*, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 325 (331f., 335); vgl. auch *R. Dolzer*, DÖV 1985, S. 9 (18).

<sup>1016</sup> Vgl. *K. Zeidler*, Maßnahmegesetz und „klassisches“ Gesetz, 1961, S. 198f., 200, der das an einem Beispiel illustriert; siehe ferner *A. Janssen*, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, 1990, S. 190f.; wohl auch *R. Dolzer*, DÖV 1985, S. 9 (17, 18); ebenfalls in diese Richtung *J. Nolte*, Der Staat 52 (2013), S. 245 (252); aus der Rechtsprechung insbes. BWSStGH,

sen lässt sie immer wieder die – aus den obigen Betrachtungen zum Verwaltungsrecht bereits bekannte – Hoffnung erkennen, den Gesetzgeber durch Dokumentations- und Begründungspflichten einerseits zu einer Selbstkontrolle der eigenen Entscheidung anhalten zu können und andererseits deren Fremdkontrolle durch die Gerichte zu erleichtern oder sogar erst zu ermöglichen. Denn Dokumentationen wie Begründungen – so die zugrundeliegende Vorstellung – zwingen den Gesetzgeber, sich die ermittelten Tatsachen, die zu berücksichtigenden Belange und deren Gewichtung bewusst vor Augen zu führen und eröffnen den Gerichten einen Einblick in den Vorgang der Entscheidungsbildung, dessen nachvollziehende Kontrolle andernfalls auf unüberwindliche Hürden stieße.<sup>1017</sup>

Auch im Gesetzgebungsverfahren entfalten Dokumentations- und Begründungspflichten indes keinen Selbststand.<sup>1018</sup> Vielmehr verweisen sie unausgesprochen auf die bereits skizzierten Ermittlungs-, Bewertungs- und Abwägungspflichten, weil gerade die der Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen, die in sie eingestellten Belange sowie die vorgenommenen Wertungen und Abwägungen den (Haupt-)Gegenstand der erforderlichen Dokumentation bzw. Begründung bilden. Dass der Gesetzgeber überhaupt Tatsachen ermitteln, Belange gewichten oder Abwägungen vornehmen muss, setzen Dokumentations- und Begründungspflichten folglich stillschweigend voraus.<sup>1019</sup> Und auch in funktionaler Hinsicht bleiben sie auf jene bezogen: Sofern Dokumentations- und Begründungspflichten den Gesetzgeber zur Selbstkontrolle anhalten, ist ihr vorrangiges Ziel, sicherzustellen, dass die ermittelten Tatsachen auch angemessen berücksichtigt und die angestellten Wertungen und Einschätzungen bewusst und nachvollziehbar getroffen werden. Und sofern sie die gerichtliche Fremdkontrolle ermöglichen, zielen sie darauf, überprüfbar zu machen, ob die Gesetzgebungsorgane ihren Ermittlungs-, Bewertungs- sowie allen übrigen Verfahrenspflichten nachgekommen sind.<sup>1020</sup>

Die Verfassungsgerichte hindert das allerdings nicht daran, auch Dokumentations- und Begründungspflichten als kompensatorische Verfahrenspflichten zu verstehen: Sie sollen ausgleichen, dass die grundgesetzlichen Vorgaben zu unbestimmt sind, um die ihnen zuge dachte Kontrollfunktion uneingeschränkt erfüllen zu können.<sup>1021</sup> Die Rechtsprechung zu kommunalen Neugliederungen

---

NJW 1975, S. 1205 (1214); kritisch zu diesem Einwand hingegen C. Waldhoff, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 325 (330f.).

<sup>1017</sup> Siehe zu Selbst- und Fremdkontrollfunktion der Begründung von Gesetzen auch W. Kluth, in: ders./Kriings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 14 Rn. 58 ff., 61 f.

<sup>1018</sup> Zur entsprechenden Diagnose im Verwaltungsrecht siehe oben § 3 IV 5 vor a).

<sup>1019</sup> Man mag insofern von akzessorischen oder sekundären Verfahrenspflichten sprechen.

<sup>1020</sup> In diesem Sinne sieht etwa M. Reicherzer, Authentische Gesetzgebung, 2006, S. 473 in der verfassungsrechtlichen Abwägungspflicht des Gesetzgebers zugleich eine Obliegenheit zur Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen begründet.

<sup>1021</sup> T. Hebler, DÖV 2010, S. 754 (760).

(dazu lit. a) und dem Haushaltsverfassungsrecht (dazu lit. b.) illustriert das ebenso wie diejenige zur gesetzlichen Festlegung des Existenzminimums (dazu lit. c), der Besoldungsgesetzgebung (dazu lit. d) und der Parteienfinanzierung (lit. e), der gesetzlichen Privatschulfinanzierung (dazu lit. f) und zum kommunalen Finanzausgleich (dazu lit. g).

#### *a) Kommunale Neugliederungen*

Kommunale Neugliederungen knüpft insbesondere der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen an die Bedingung, dass der Gesetzgeber „die wesentlichen Elemente“ seiner Abwägung dokumentiert und die Gründe angibt, aus denen er die gewählte gesetzliche Lösung gegenüber alternativen Lösungen vorzieht.<sup>1022</sup> Und auch das BVerfG plädiert – wenngleich vergleichsweise knapp – für eine Pflicht des Gesetzgebers, Zusammenschlüsse oder Gebietsänderungen der Gemeinden zu begründen.<sup>1023</sup> Mit der Begründung des Gesetzesentwurfs soll diesen Anforderungen zwar in der Regel Genüge getan sein. Doch gelte dies nur, sofern der Entwurf auch unverändert Gesetz werde. Weiche der Gesetzgeber hingegen infolge späterer Änderungsanträge vom Gesetzesentwurf ab, bedürfe dies gesonderter Begründung, weil die abweichende Gesetzgebungsentscheidung von der Begründung des ursprünglichen Entwurfs eben nicht mehr gedeckt sei.<sup>1024</sup>

Obgleich weder das BVerfG noch das Münsteraner Verfassungsgericht dies ausdrücklich zu erkennen geben, greifen doch beide zur Begründung der skizzierten Anforderungen auf den Kompensationsgedanken zurück. Das BVerfG rückt insofern die Hoffnung ins Zentrum, durch die Begründungspflicht des Gesetzgebers ausgleichen zu können, dass die nachlaufende gerichtliche Kontrolle Schwächen aufweist, weil sie etwaige Grundrechtsverletzungen nicht mehr zu korrigieren vermag.<sup>1025</sup> Im Sinne prozeduralen (Grund-)Rechtsschutzes tritt die durch die Begründungspflicht angestoßene Selbstkontrolle des Gesetzgebers somit an die Stelle der rechtsschützenden Fremdkontrolle durch die Gerichte. Und auch der NWVerfGH konzipiert die Dokumentations- und Begründungspflichten des Gesetzgebers als Ausgleich für ein andernfalls bestehendes Kontrolldefizit. So betont er, dass ihm eine nachvollziehende Kontrolle der gesetzgeberischen Abwägung nicht möglich sei, wenn diese weder dokumentiert noch begründet werde.<sup>1026</sup> Dass auch hier der Kompensationsgedanke

<sup>1022</sup> NWVerfGH, NJW 1976, S. 2209 (2210); gegen eine solche Begründungspflicht aber BWStGH, NJW 1975, S. 1205 (1214); ThürVerfGH, NVwZ-RR 1999, S. 55 (60).

<sup>1023</sup> Ursprünglich hat sich dieses Plädoyer auf Gesetze beschränkt, mit denen Neugliederungsentscheidungen nach kurzer Zeit rückgängig gemacht wurden, siehe BVerfGE 86, 90 (110); verallgemeinernd dann aber BVerfGE 137, 108 (156).

<sup>1024</sup> NWVerfGH, NJW 1976, S. 2209 (2210).

<sup>1025</sup> BVerfGE 137, 108 (156).

<sup>1026</sup> NWVerfGH, NJW 1976, S. 2209 (2210).

anklingt, wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der gesetzgeberische Abwägungsvorgang für die verfassungsgerichtliche Prüfung nur deshalb von Interesse ist, weil das materielle Verfassungsrecht keine klaren Ergebnisvorgaben macht und es daher an einem inhaltlichen Kontrollmaßstab fehlt. Indem Dokumentations- und Begründungspflichten überhaupt erst offenlegen, ob und wie die gesetzgebenden Organe die konkurrierenden Belange abgewogen haben, tragen sie folglich indirekt dazu bei, die eingeschränkte Kontrollfunktion des materiellen Verfassungsrechts auszugleichen. Sie machen eine nachvollziehende Verfahrenskontrolle erst möglich.

### b) Haushaltsgesetzgebung

In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vor Einführung der sog. Schuldenbremse begegnen Dokumentations- und Begründungspflichten des Gesetzgebers auch im Bereich der Haushaltsgesetzgebung. Wolle der Gesetzgeber von der Möglichkeit erhöhter Schuldenaufnahme Gebrauch machen, so müsse er bereits im Gesetzgebungsverfahren darlegen, dass die entsprechenden verfassungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, die Schuldenaufnahme also zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts erforderlich ist.<sup>1027</sup> Im Einzelnen müsse er dazu neben der „Diagnose, daß das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ernsthaft und nachhaltig gestört ist“ auch „die Absicht [daraus], durch die erhöhte Kreditaufnahme diese Störung abzuwehren“.<sup>1028</sup> Und auch die „Prognose, daß und wie durch die erhöhte Kreditaufnahme dieses Ziel erreicht werden kann, sie also zur Abwehr der Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts geeignet erscheint“, müsse im Gesetzgebungsverfahren dokumentiert und begründet werden.<sup>1029</sup> An eine bestimmte Form soll der Gesetzgeber für diese Darlegungen nicht gebunden sein. Entscheidend sei allein, dass es sich um Erklärungen handle, die die Parlamentsmehrheit sich mit der Verabschiedung des Haushaltsgesetzes erkennbar zu eigen gemacht habe.<sup>1030</sup>

<sup>1027</sup> BVerfGE 79, 311 (343); HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662); ebenso, aber auf die Tatsachengrundlagen beschränkt NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290), wonach „die Tatsachen, aufgrund derer die Voraussetzungen [...] bejaht werden, im Gesetzgebungsverfahren darzulegen“ sind; knapp bestätigend auch BVerfGE 119, 96 (137 ff., insbes. 140 f., 146). Auf Bundesebene waren die entsprechenden Voraussetzungen in Art. 115 Abs. 1 S. 2. Hs. GG a. F. enthalten.

<sup>1028</sup> BVerfGE 79, 311 (345); BerlVerfGH, NVwZ 2004, S. 210 (212); NWVerfGH, NVwZ 2011, S. 805 (806).

<sup>1029</sup> BVerfGE 79, 311 (345); BerlVerfGH, NVwZ 2004, S. 210 (212, 215 f.); MVVerfG, LKV 2006, S. 23 (24 f.); NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1291); NWVerfGH, NVwZ 2011, S. 805 (806); gleichsinnig HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662): „Darlegung, dass Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts eine erhöhte Kreditaufnahme bedingen und inwieweit sich diese positiv auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht auswirken soll“.

<sup>1030</sup> BVerfGE 79, 311 (345); BerlVerfGH, NVwZ 2004, 210 (212); HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662); NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290).

Die Rechtsprechung bezeichnet diese Dokumentations- und Begründungspflichten meist als bloße Obliegenheiten<sup>1031</sup>, allerdings ohne dass erkennbar wäre, ob und welche Folgen sich mit dieser Einschränkung verbinden.<sup>1032</sup> Im Hinblick auf den Kompensationsgedanken aufschlussreicher ist, dass sie die besagten Verfahrensanforderungen durchweg als Reaktion auf den Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers versteht.<sup>1033</sup> Die unbestimmten Tatbestandsmerkmale der „Störung“ und des „gesamtgesellschaftlichen Gleichgewichts“, aber auch die Ungewissheit darüber, ob eine erhöhte Kreditaufnahme zur Beseitigung dieser Störung geeignet sei, forderten eigenständige Bewertungen des Gesetzgebers.<sup>1034</sup> Gerichtlich könne die Kreditaufnahme daher schon deshalb nur eingeschränkt überprüft werden, weil die Verfassung keine klaren materiellen Vorgaben enthalte. Mit den genannten Darlegungs- und Begründungspflichten finde eben diese „Unbestimmtheit des materiellen Maßstabs [...] ihren Ausgleich in formell-verfahrensmäßigen Anforderungen“.<sup>1035</sup>

Kompensiert wird die Schwäche der materiell-rechtlichen Vorgaben nach Auffassung der Gerichte dabei in gleich mehrfacher Hinsicht: Zum einen soll die Darlegungspflicht des Gesetzgebers auffangen, dass die Begrenzungsfunktion der Verfassung unerfüllt zu bleiben droht, weil die Verfassung der gesetzgeberischen Kreditaufnahme in inhaltlicher Hinsicht keine klaren Grenzen zieht.<sup>1036</sup> Die verfassungsrechtliche Intention, die erhöhte Kreditaufnahme auf Ausnahmefälle zu begrenzen, werde verfahrensrechtlich abgesichert, indem die Pflicht zur Darlegung den „Haushaltsgesetzgeber vor dem Forum der Öffentlichkeit dazu [zwingt], sich selbst des Umstands einer Überschreitung der Grenze bewusst zu werden und sich darüber hinaus für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverhalts im Rahmen des finanzpolitischen Willensbildungs-

<sup>1031</sup> BVerfGE 79, 311 (344); BerlVerfGH, NVwZ 2004, 210 (212); HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662); ähnlich BVerfGE 119, 96 (146); NWVerfGH, NVwZ 2011, S. 805 (806): „Darlegungslast“.

<sup>1032</sup> Vgl. A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 20: „verunklarend“; K.-A. Schwarz/C. Bravidor, JZ 2011, S. 653 (656); die Einstufung als Verfahrenslast bzw. Obliegenheit befürwortend hingegen D. Merten, DÖV 2015, S. 349 (360) sowie allgemein für legislative Sorgfaltsanforderungen G.F. Schuppert, Gute Gesetzgebung, 2003, S. 13.

<sup>1033</sup> Deutlich BVerfGE 119, 96 (140): „Diesem Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum korrespondiert eine Darlegungslast im Gesetzgebungsverfahren.“; in der Sache ebenso bereits BVerfGE 79, 311 (344); siehe ferner BerlVerfGH, NVwZ 2004, 210 (212); HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662).

<sup>1034</sup> BVerfGE 79, 311 (343 f.); HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662); NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290); vgl. auch BerlVerfGH, NVwZ 2004, 210 (212); NWVerfGH, NVwZ 2011, S. 805 (806).

<sup>1035</sup> BVerfGE 79, 311 (344 f.); ebenso NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290).

<sup>1036</sup> Vgl. BVerfGE 79, 311 (344 f.); BerlVerfGH, NVwZ 2004, 210 (212); HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662); NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290).

prozesses zu rechtfertigen“.<sup>1037</sup> Und zum anderen gleiche die Darlegungspflicht aus, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Kreditaufnahmeentscheidungen angesichts der Offenheit der materiellen Maßstäbe ins Leere zu laufen drohe.<sup>1038</sup> Die Dokumentations- und Begründungspflichten verhindern folglich, dass die Gerichte den Zugriff auf die Entscheidungen des Haushaltsgesetzgebers verlieren und kompensieren damit die eingeschränkte Kontrollfunktion der inhaltlichen Verfassungsvorgaben.

### c) Festlegung des Existenzminimums

Zur Vermeidung blinder Flecken im verfassungsgerichtlichen Kontrollzugriff hat sich die (insoweit zugegebenermaßen uneinheitliche)<sup>1039</sup> Rechtsprechung des BVerfG auch im Kontext der gesetzlichen Festlegung des Existenzminimums für eine Dokumentationspflicht des Gesetzgebers ausgesprochen. Schon im Gesetzgebungsverfahren treffe die gesetzgebenden Organe die „Obliegenheit, die zur Bestimmung des Existenzminimums im Gesetzgebungsverfahren eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offenzulegen“.<sup>1040</sup> Mit dieser Forderung reagiert das BVerfG auch hier auf den Befund, dass eine Ergebniskontrolle der gesetzlich festgelegten Leistungshöhe am weitgehenden Fehlen inhaltlicher Maßstäbe scheitert und sich die Verfassung daher darauf konzentriert, Anforderungen an das Verfahren zu formulieren, mithilfe dessen der Gesetzgeber Inhalt und Umfang des Existenzminimums ermittelt.<sup>1041</sup> Damit die gerichtliche Kontrolle dieser prozeduralen Anforderungen nicht deshalb wirkungslos bleibt, weil den Gerichten der Einblick in Verfahren, Methoden und Annahmen des Gesetzgebers fehlt, verlangt das BVerfG deren Offenlegung.

In diesem Sinne zielt auch die Obliegenheit des Gesetzgebers, die zur Bestimmung des Existenzminimums verwendeten Methoden sowie das eingesetzte Berechnungsverfahren zu dokumentieren, darauf, die Defizite auszugleichen, die das materielle Verfassungsrecht im Hinblick auf seine Kontrollfunktion verzeichnet. Die Pflicht zur Dokumentation von Entscheidungsgrundlagen und -verfahren gibt der verfassungsgerichtlichen Prüfung nicht nur einen eigenständigen Kontrollmaßstab an die Hand; vielmehr versucht sie sicherzustellen, dass die Einhaltung der übrigen kompensatorischen Verfahrensanforderungen, wie

<sup>1037</sup> HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662).

<sup>1038</sup> HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662).

<sup>1039</sup> Gesetzgeberische Begründungspflichten im Zusammenhang mit der Konkretisierung des Anspruchs auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ablehnend BVerfGE 132, 134 (162 f.); siehe dazu auch G. Britz, Die Verwaltung 50 (2017), S. 421 (423 ff., insbes. 427); A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 13 ff.; ders., DÖV 2018, S. 845 (849).

<sup>1040</sup> BVerfGE 125, 175 (226).

<sup>1041</sup> BVerfGE 125, 175 (226); zu den entsprechenden Konzept- und Ermittlungspflichten bereits oben § 3 V 1 b), 2 h).

der Konzept- und Ermittlungspflichten, der gerichtlichen Prüfung überhaupt erst zugänglich wird.<sup>1042</sup> Dass sie in dieser zuletzt genannten Hinsicht auf die – offenbar als vorrangig verstandenen – Konzept- und Ermittlungspflichten bezogen bleibt, für deren Durchsetzung sie gewissermaßen eine Hilfsfunktion einnimmt, mag erklären, dass das BVerfG insofern lediglich von einer Obliegenheit spricht.

#### d) Besoldungsgesetzgebung

Darlegungs- und Begründungspflichten treffen den Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG zudem auch dann, wenn er über die Höhe der Richter- und Beamtenbesoldung entscheidet.<sup>1043</sup> Weil der verfassungsrechtliche Maßstab amtsangemessener Alimentation keine exakten Vorgaben zur Besoldungshöhe bereithält, gesteht das BVerfG dem Gesetzgeber auch hier einen weiten Entscheidungsspielraum zu,<sup>1044</sup> fordert „im Gegenzug“ allerdings, dass der Gesetzgeber Entscheidungen über die Besoldungshöhe bereits im Gesetzgebungsverfahren begründet.<sup>1045</sup> Konkret bedeutet das, dass sich die „Ermittlung und Abwägung“ der für die Besoldungshöhe „berücksichtigten und berücksichtigungsfähigen Bestimmungsfaktoren [...] in einer entsprechenden Darlegung und Begründung des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren niederschlagen“ müssen.<sup>1046</sup> Ausdrücklich attestiert das BVerfG diesen Anforderungen eine „Ausgleichsfunktion“. Bestehen soll diese in erster Linie darin, dass die Begründungsanforderungen „den weiten Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers durch eine Verpflichtung zur Selbstvergewisserung [...] kanalisieren“;<sup>1047</sup> erst in zweiter Linie sieht das BVerfG den durch die „Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung angestrebte[n] Rationalisierungsgewinn“ darin, gerichtlichen Rechtsschutz zu ermöglichen.<sup>1048</sup> Doch egal, ob die Kanalisierung von Selbstkontrolle oder die Ermöglichung gerichtlicher Fremdkontrolle im Fokus steht, in beiden Varianten soll die gesetzgeberische Begründungspflicht offenbar Ausgleich dafür leisten, dass das materielle Verfassungsrecht in Ermangelung klarer Ergebnisvorgaben seine Kontrollfunktion nicht zufriedenstellend erfüllt.

<sup>1042</sup> BVerfGE 125, 175 (226): „Zur Ermöglichung dieser verfassungsgerichtlichen Kontrolle“. Diese Funktion betont auch *J. Buchheim*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, S. 77 (80); in diese Richtung auch *P. Axer*, in: *Gedächtnisschrift für W. Brugger*, 2013, S. 335 (349); *M. Brenner*, ZG 26 (2011), S. 394 (399); vgl. allgemein *J. Froese*, *Rechtstheorie* 46 (2015), S. 481 (496 ff.).

<sup>1043</sup> Ausführlich *A. Wieckhorst*, DÖV 2021, S. 361 (362 ff.).

<sup>1044</sup> BVerfGE 139, 64 (126); vgl. zu diesem Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers auch BVerfGE 8, 1 (22 f.); 114, 258 (288); 117, 372 (381); 121, 241 (261); 130, 263 (294); 149, 382 (393).

<sup>1045</sup> BVerfGE 130, 263 (302); ebenso BVerfGE 139, 64 (126 f.); 140, 240 (296); 149, 382 (395); 155, 1 (47 f.).

<sup>1046</sup> BVerfGE 139, 64 (127).

<sup>1047</sup> BVerfGE 155, 1 (47 f.).

<sup>1048</sup> BVerfGE 139, 64 (127); 140, 240 (296); 149, 382 (395); 155, 1 (48).

e) *Parteienfinanzierung*

Auf die Frage, welche Grenzen der Gesetzgeber unterliegt, wenn er die sog. absolute Obergrenze staatlicher Parteienfinanzierung anheben möchte, hat das BVerfG diese im Besoldungsrecht entwickelte Argumentation zuletzt samt der damit einhergehenden Begründungspflichten übertragen. Welchen Betrag der Staat insgesamt höchstens zur Finanzierung der Parteien aufwenden darf, darauf, so das Gericht, gebe Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG keine exakt bezifferbare Antwort, weshalb der Gesetzgeber insofern über einen Gestaltungsspielraum verfüge.<sup>1049</sup> Eben deshalb jedoch sei er verfassungsrechtlich gehalten, seine Entscheidung bereits im Gesetzgebungsverfahren zu begründen.<sup>1050</sup> Er müsse darlegen, „welche Faktoren für die Annahme ausschlaggebend sind, dass der festgelegte Betrag für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Parteien unerlässlich ist“<sup>1051</sup> und auch deren Abwägung nachvollziehbar offenlegen.<sup>1052</sup>

Nur durch diese „prozeduralen Sicherungen“<sup>1053</sup> lasse sich die gesetzgeberische Entscheidung trotz der materiellen Offenheit des Art. 21 GG einhegen<sup>1054</sup> und zugleich sicherstellen, dass im Nachgang „nachvollzogen werden kann, ob der Gesetzgeber bei der Wahrnehmung seines Gestaltungsspielraums die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG beachtet hat“.<sup>1055</sup> Dass das BVerfG auch insofern ausdrücklich auf die „Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung“<sup>1056</sup> verweist, erstaunt angesichts dessen nicht. Denn erkennbar erhofft es sich von den skizzierten Darlegungs- und Begründungspflichten einen Ausgleich dafür, dass die materiellen Verfassungsdirektiven im Bereich der Parteienfinanzierung ihre Begrenzungs- und Kontrollfunktion nur eingeschränkt erfüllen.

f) *Privatschulfinanzierung*

Vereinzelt wird auch die gesetzliche Ausgestaltung der Privatschulfinanzierung mit der Forderung verbunden, der Gesetzgeber müsse begründen, wie er seine Entscheidung über die Höhe der den Ersatzschulen zustehenden Förderung gewonnen habe. Sowohl „die zugrunde liegende Systematik“ als auch die zur Be-

<sup>1049</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 127.

<sup>1050</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 129. Als Ort der Begründung verweist das BVerfG insofern durchweg (vgl. etwa ebd., Rn. 138, 141, 143, 146, 150f.) auf den Gesetzesentwurf oder die parlamentarischen Debatten und stellt zudem ausdrücklich klar, dass ein Nachschieben von Gründen insofern nicht zulässig ist (siehe ebd., Rn. 160 sowie Rn. 131). Vgl. *M. Morlok*, JZ 2023, S. 677 (680): Prozeduralisierung als Antwort auf die „materielle Maßstabsarmut“ (Hervorhebung im Original).

<sup>1051</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 130.

<sup>1052</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 130.

<sup>1053</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 128.

<sup>1054</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 128.

<sup>1055</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 129.

<sup>1056</sup> BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 131.



stimmung der Förderhöhe verwendete Methode müssten erkennbar sein, und auch „die unterstellten Annahmen zu (z. B. statistischen) Tatsachen“ müsse er darlegen.<sup>1057</sup> Den Ausgangspunkt dieser Forderung bildet der Befund, dass die materiellen Verfassungsdirektiven zum Umfang der Privatschulfinanzierung mit einer derart großen „definitivische[n] Unschärfe verbunden [sind], [dass] sich eine Kompensation durch prozedurale Anforderungen nachgerade aufdrängt“.<sup>1058</sup> Begründungsanforderungen stehen dabei indes in einer Reihe mit anderen Verfahrenserfordernissen wie Ermittlungs- und Bewertungspflichten<sup>1059</sup> sowie gesetzgeberischen Beobachtungs- und Überprüfungspflichten.<sup>1060</sup> Ohne klar zwischen diesen unterschiedlichen Verfahrenserwartungen zu differenzieren, sieht die landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung das Kompensationspotential dieser Vorgaben einerseits darin, die gesetzgeberische Entscheidung überhaupt erst gerichtlich kontrollierbar zu machen.<sup>1061</sup> Andererseits sollen sie auffangen können, dass die Verfassung die Ausgestaltung des Förderanspruchs dem Gesetzgeber überlässt.<sup>1062</sup> Während ersteres darauf hindeutet, dass die Gerichte sich von der Begründungspflicht einen Ausgleich dafür erhoffen, dass das materielle Verfassungsrecht angesichts der Unbestimmtheit seiner Vorgaben die ihm zugedachte Kontrollfunktion nicht ausreichend erfüllt, dürfte zweites als Kompensation für eine eingeschränkte Begrenzungsfunktion des materiellen Verfassungsrechts zu verstehen sein.

<sup>1057</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 134; bestätigt in SächsVerfGH, Beschl. v. 15.12.2016 – Vf. 99-IV-16 –, juris, Rn. 28. Dass der Sächsische Verfassungsgerichtshof im vollständigen Wortlaut der zitierten Passage lediglich fordert, die zugrunde liegende Systematik müsse „erkennbar sein“ und die unterstellten Annahmen müssten „darstellbar sein“, ließe zwar auch eine Lesart zu, die lediglich verlangt, dass Systematik und Annahmen erkannt bzw. dargestellt werden können, ohne zugleich eine Darlegung durch den Gesetzgeber zu verlangen. Allerdings nennt der Gerichtshof die entsprechenden Anforderungen ausdrücklich im Zusammenhang mit Begründungspflichten des Gesetzgebers und sollte ihnen nicht genügt sein, sieht er „prozedurale Anforderungen“ verletzt. Für eine Begründungspflicht auch BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 130: „Für die Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs sind prozedurale Sicherungen in Form von Begründungs-, Überprüfungs- und Beobachtungspflichten zu beachten, wobei die Begründung folgerichtig sein und auf einem transparenten und sachgerechten Verfahren beruhen muss.“ Ablehnend hingegen BbgVerfG, Urt. v. 12.12.2014 – 31/12 –, Rn. 155.

<sup>1058</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 131 (Nachweise weggelassen); vgl. auch BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 130: „Die prozeduralen Anforderungen an den Gesetzgeber kompensieren die Schwierigkeit, die verfassungsrechtlich gebotene Höhe des Ausgleichsanspruchs anhand materieller Kriterien zu bestimmen.“

<sup>1059</sup> Zu diesen bereits oben § 3 V 2 i).

<sup>1060</sup> Dazu noch unten § 3 V 5 f).

<sup>1061</sup> BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 130

<sup>1062</sup> BWStGH, Urt. v. 06.07.2015 – 1 VB 130/13 –, juris, Rn. 130; vgl. auch SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 129.

g) *Finanzausgleichsgesetzgebung*

Die Forderung, der Gesetzgeber müsse seine Entscheidungen begründen und deren Grundlagen dokumentieren, begegnet schließlich noch in der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum kommunalen Finanzausgleich. Klare Vorgaben zur Höhe der erforderlichen Ausgleichsleistungen liefert die Verfassung auch hier nicht, und der Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers führt auch hier dazu, dass jedenfalls das Ergebnis der gesetzgeberischen Entscheidung allenfalls in Randbereichen verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterliegt.<sup>1063</sup> Teile der Verfassungsgerichtsbarkeit halten dies für unbedenklich<sup>1064</sup> und auch das BVerfG steht „verfahrensrechtlichen Erfordernisse[n] im Sinne spezifischer Begründungsanforderungen“ des Finanzausgleichsgesetzgebers – jedenfalls im Grundsatz – ablehnend gegenüber.<sup>1065</sup> Demgegenüber formulieren einige Landesverfassungsgerichte explizit die Erwartung, der Gesetzgeber müsse im Anschluss an die Ermittlung des Finanzbedarfs der Kommunen die „wesentlichen Ergebnisse seiner Ermittlungen und seine hierauf fußenden Erwägungen [...] durch Aufnahme in die Gesetzesmaterialien transparent [...] machen“<sup>1066</sup> und für seine finanzpolitische Verteilungsentscheidung „eine plausible und nachvollziehbare Begründung“<sup>1067</sup> liefern.

Der Kompensationsgedanke findet dabei zwar keine ausdrückliche Erwähnung, doch schwingt die ihn kennzeichnende Ausgleichslogik in der Begründung dieser Forderungen stets mit. Deutlich wird das bereits dadurch, dass die Begründungsanforderungen regelmäßig als Grenze der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative entwickelt werden.<sup>1068</sup> Wenn den geforderten Darle-

<sup>1063</sup> Dazu bereits oben § 3 V 2 j).

<sup>1064</sup> SächsVerfGH LKV 2001, S. 223 (227); vgl. auch SachsAnhVerfG, NVwZ-RR 2000, S. 1 (7).

<sup>1065</sup> BVerfGE 86, 148 (212); ablehnend auch NWVerfGH, Urt. v. 19.07.2011 – VerfGH 32/08 –, juris, Rn. 64; NWVerfGH, NVwZ-RR 1999, S. 81 (82). Abweichend davon verlangt das BVerfG eine Begründung des Finanzausgleichsgesetzgebers allerdings dann, wenn dieser bei der Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen Sonderlasten einzelner Länder berücksichtigen will, siehe BVerfGE 72, 330 (405); 101, 158 (225); 116, 327 (381). Von der Begründungspflicht erhofft sich das BVerfG dabei unter anderem, dass „die Kontrolle durch Gerichtsbarkeit und Öffentlichkeit einen deutlich greifbaren Anknüpfungspunkt gewinnt“ (BVerfGE 101, 158 [225]). Insofern mag man auch diese Begründungspflicht als Ausgleich für das Fehlen materieller (Kontroll-)Maßstäbe verstehen. Das BVerfG lässt den Kompensationsgedanken in diesem Zusammenhang indes unerwähnt.

<sup>1066</sup> RhPfVerfGH, NVwZ 2012, S. 1034 (1036); ebenso HessStGH, NVwZ 2013, S. 1151 (1153); siehe auch BbgVerfG, NVwZ-RR 2000, S. 129 (131); vgl. ferner BayVerfGH, Entsch. v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 219, der „eine auf nachvollziehbaren Erwägungen beruhende Einschätzung“ des Gesetzgebers verlangt, die „die von ihm zugrunde gelegten Erwägungen [auch] erkennen lässt“; siehe auch SchlHLVerfG, Urt. v. 27.01.2017 – LVerfG 4/15 –, juris, Rn. 113; NVwZ 2023, S. 915 (916).

<sup>1067</sup> NdsStGH, Urt. v. 04.06.2010 – StGH 1/08 –, juris, Rn. 80; eine Begründungspflicht tendenziell befürwortend offenbar auch BWStGH, JZ 1999, S. 1049 (1054).

<sup>1068</sup> Vgl. etwa BayVerfGH, Entsch. v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 202 ff., 209 ff.,

gungen und Begründungen zudem die Funktion zugeschrieben wird, „den Kommunen eine gewisse Rechts- und Planungssicherheit“ zu vermitteln und – gerade „angesichts des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers – die verfassungsgerichtliche Überprüfung des kommunalen Finanzausgleichs“ zu ermöglichen,<sup>1069</sup> wird auch darin die Hoffnung erkennbar, die Begründungspflicht des Gesetzgebers könne die Defizite kompensieren, die sich aus der Unbestimmtheit der materiellen Vorgaben für die Orientierungs- und Kontrollfunktion der Verfassung ergeben.

*h) Zusammenführung: Kompensation durch Dokumentations- und Begründungspflichten*

Auch hinter dem Einsatz gesetzgeberischer Dokumentations- und Begründungspflichten steht, so viel lässt sich nach den vorstehenden Betrachtungen festhalten, vielfach die Überzeugung, dass diese zur Kompensation von Schwächen des materiellen Verfassungsrechts einen unverzichtbaren Beitrag leisten. Die Regelungsbereiche, in denen sie den Gesetzgeber dazu verpflichten, die Grundlagen seiner Entscheidungsbildung zu dokumentieren und die Gründe seiner Gesetzesentscheidung zu erläutern, sind vielgestaltig. Und doch lässt sich ein roter Faden ausmachen: Dokumentations- und Begründungspflichten treffen den Gesetzgeber nur – wenngleich nicht überall – dort, wo er auch Ermittlungs- und Bewertungspflichten unterliegt. Wenig überraschend kommt die eingangs bereits skizzierte funktionale Unselbstständigkeit von Dokumentations- und Begründungspflichten daher auch im Hinblick auf deren Anwendungsbedingungen zum Tragen.<sup>1070</sup> Und es erstaunt ebenfalls nicht, dass sich beide auch im Hinblick auf ihre Kompensationsfunktion ähneln: Ebenso wie Ermittlungs- und Bewertungspflichten versprechen Dokumentations- und Begründungspflichten die Schwächen materiellen Verfassungsrechts im Hinblick auf dessen Begrenzungs-, vor allem aber in Bezug auf dessen Kontrollfunktion zu kompensieren. Indem sie dem Gesetzgeber ermittelte Tatsachen und Belange (erneut) vor Augen führen und getroffene Bewertungen bewusst machen, beanspruchen sie, die Rechtsschutzeffekte abzusichern, die Ermittlungs- und Bewertungspflichten dadurch zu erreichen versuchen, dass sie eine vollständig informierte und bewusst erwogene Entscheidung des Gesetzgebers einfordern. Und indem sie einen Einblick in Vorgang und Grundlagen der Entscheidungsbildung erlauben, machen sie deren nachvollziehende Kontrolle durch die Gerichte erst möglich.

213 ff., 219; HessStGH, NVwZ 2013, S. 1151 (1153); NdsStGH, Urt. v. 04.06.2010 – StGH 1/08 –, juris, Rn. 80.

<sup>1069</sup> BayVerfGH, Entsch. v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05 –, juris, Rn. 213; RhPfVerfGH, NVwZ 2012, S. 1034 (1037), dort auch das Zitat.

<sup>1070</sup> Vgl. dazu bereits oben § 3 V 4 vor a).

### 5. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten

Zu den mit der Hoffnung prozeduraler Kompensation verbundenen Verfahrenspflichten des Gesetzgebers zählen schließlich auch Beobachtungs- und Überprüfungspflichten. Sie beruhen auf der gemeinsamen Vorstellung, dass die gesetzgebenden Organe über den Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses hinaus für ihre Legislativentscheidungen verantwortlich bleiben und das Gesetzgebungsverfahren mit der Verkündung des Gesetzes einen allenfalls vorläufigen Abschluss findet.<sup>1071</sup> Im Stile gesetzgeberischer Nachsorgepflichten integrieren sie Lern-, (Re-)Evaluations- und ggfs. auch Revisionsschleifen in den fortgesetzten, ja im Grunde nicht endenden Gesetzgebungsprozess.<sup>1072</sup>

Dass Beobachtungs- und Überprüfungspflichten angesichts dieser gemeinsamen Logik regelmäßig in einem Atemzug genannt werden, sollte allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Beiträge, die sie zur gesetzgeberischen Nachsorge leisten, durchaus unterscheiden.<sup>1073</sup> Unterschiede weisen Beobachtungs- und Überprüfungspflichten zum einen im Hinblick auf ihren Gegenstand auf: Während Beobachtungspflichten den Gesetzgebungsorganen Realbereichsanalysen abverlangen, also auf die Ermittlung von Tatsachen, wie bestimmten gesellschaftlichen Verhältnissen oder Entwicklungen, und wissenschaftlichen Erkenntnissen gerichtet sind, beziehen sich Überprüfungspflichten des Gesetzgebers regelmäßig auf die gesetzlichen Regelungen selbst.<sup>1074</sup> Zum anderen weichen gesetzgeberische Beobachtungs- und Überprüfungspflichten auch im Hinblick auf die geforderte Tätigkeit voneinander ab: Während Beobachtungspflichten die gesetzgebenden Organe dazu anhalten, gesellschaftliche Entwicklungen anlassunabhängig und kontinuierlich im Blick zu behalten,<sup>1075</sup> fordern Überprüfungspflichten eine lediglich punktuelle und an-

<sup>1071</sup> Vgl. *I. Augsberg/S. Augsberg*, VerwArch 98 (2007), S. 290 (305 f.); vgl. ferner *P. Nagel*, DÖV 2010, S. 268 (273 ff.), der den Sinn von Beobachtungspflichten darin sieht, die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers für ein Problem auch über die Gesetzesentscheidung hinaus aufrecht zu erhalten.

<sup>1072</sup> *C. Gusy*, ZRP 1985, S. 291 (294): „Das optimale Verfahren ist so durch den Gesetzeserlaß nicht einfach abgeschlossen, sondern wirkt auch danach potentiell unendlich fort.“ *S. Huster*, ZfRSoz 24 (2003), S. 3 (12) spricht insofern von einer „Dynamisierung der Rechtsetzungspflicht“; zu Beobachtungspflichten als Ausfluss des Paradigmas eines lernenden Rechts siehe ebd., S. 18.

<sup>1073</sup> Vgl. zu entsprechenden Überlegungen im Kontext verwaltungsverfahrenrechtlicher Beobachtungs- und Überprüfungspflichten bereits oben § 3 IV 7 vor a).

<sup>1074</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 146, 164 (197), wo das Gericht ausführt, es könne geboten sein „die weitere Entwicklung zu beobachten“ und „die Norm zu überprüfen“; ebenso bereits zuvor BVerfGE 110, 141 (158); vgl. zum Tatsachenbezug von Beobachtungspflichten auch BVerfGE 88, 203 (310); 117, 330 (355); zum Normbezug gesetzgeberischer Überprüfungspflichten beispielsweise BVerfGE 135, 259 (287); 120, 82 (108); 107, 286 (292).

<sup>1075</sup> Siehe *I. Augsberg/S. Augsberg*, VerwArch 98 (2007), S. 290 (308): „Eine Beobachtungspflicht [...], die nicht kontinuierlich ausgestaltet ist [...], droht ihren Sinn zu verfehlen.“ Ebenso *S. Ruf*, Die legislative Prognose, 2021, S. 128 f.

lassbezogene (Neu-)Bewertung dahingehend, ob eine gesetzliche Regelung im Lichte veränderter Gegebenheiten bzw. verbesserten Wissens noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.<sup>1076</sup> Hält die bestehende Regelung der verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand, sind die gesetzgebenden Organe zur Nachbesserung verpflichtet.<sup>1077</sup> Anders als Beobachtungs- und Überprüfungspflichten sind Nachbesserungspflichten indes materieller, nicht prozeduraler Natur, sodass sie im Folgenden außer Acht bleiben.

Bemüht man sich, Fallgruppen zu identifizieren, in denen die Verfassungsgerichte dem Gesetzgeber Beobachtungs- und Überprüfungspflichten ins Stammbuch schreiben, stößt man auf zwei Konstellationen:<sup>1078</sup> Beobachtungs- und Überprüfungspflichten begegnen erstens dort, wo der Gesetzgeber seine Entscheidungen auf Prognosen stützt, weil „die tatsächlichen Voraussetzungen oder die Auswirkungen einer Regelung bei ihrem Erlass noch nicht ausreichend zuverlässig beurteilt werden können“<sup>1079</sup>. Zweitens hält die Rechtsprechung die gesetzgebenden Organe auch dann zur Beobachtung oder Überprüfung ihrer Entscheidungen an, wenn über deren Tatsachengrundlagen zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses zwar keine Ungewissheit besteht, der betreffende Wirklichkeitsbereich jedoch fortwährend Veränderungen unterliegt und in der Folge auch die verfassungsrechtliche Bewertung der gesetzlichen Regelung nicht bei den zum Beschlusszeitpunkt vorliegenden Tatsachen stehen bleiben kann.<sup>1080</sup> Als Fallgruppen sind diese Umstandsbeschreibungen indes mit größter Vorsicht zu genießen.<sup>1081</sup> Mehr als notwendige Voraussetzungen gesetzgeberischer Beobachtungs- und Überprüfungspflichten bezeichnen sie schon deshalb nicht,

<sup>1076</sup> Siehe stellvertretend einerseits BVerfGE 142, 123 (208): „kontinuierlich beobachten“, MVVerfG, LKV 2006, S. 461 (466): „Pflicht zur dauernden Beobachtung“ und SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 132: „Pflicht, die Auswirkungen seines Fördermodells fortlaufend zu beobachten“, andererseits BbgVerfG, NVwZ-RR 2000, S. 129 (131): Pflicht „in regelmäßigen Zeitabständen zu überprüfen“ sowie BVerfGE 49, 89 (130), wo die Überprüfungspflicht erst dadurch ausgelöst wird, dass die Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung „durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird“.

<sup>1077</sup> Siehe statt vieler BVerfGE 146, 164 (197).

<sup>1078</sup> Ebenso *W. Höfling/A. Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 34 Rn. 21; für Nachbesserungspflichten auch *P. Badura*, in: *Festschrift für K. Eichenberger*, 1982, S. 481 (484).

<sup>1079</sup> BVerfGE 146, 164 (197); ebenso BVerfGE 110, 141 (158).

<sup>1080</sup> Vgl. u. a. BVerfGE 107, 286 (292) „Es kann sich die vom Wahlgesetzgeber vorausgesetzte tatsächliche oder normative Grundlage geändert [...] haben“; BVerfGE 88, 203 (309f.): Beobachtungspflichten erforderlich, „weil sich die tatsächlichen Verhältnisse, auf die es einwirkt, grundlegend gewandelt haben“; RhPfVerfGH, NVwZ 2012, S. 1034 (1037); ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (672).

<sup>1081</sup> Angesichts der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung allgemein kritisch zum Versuch einer Fallgruppenbildung, siehe *H. Gartz*, *Begründungspflicht des Gesetzgebers*, 2015, S. 170ff., insbes. 176f.; mit konkretem Bezug zu Beobachtungspflichten weist auf die Inkonsistenz der Rechtsprechung auch *S. Huster*, *ZfRSoz* 24 (2003), S. 3 (21) hin; eine entsprechende Einschätzung zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens

weil die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung bisher eine einheitliche Linie vermissen lässt. Weder verknüpft sie gesetzgeberische Prognoseentscheidungen durchgängig mit Beobachtungs- und Überprüfungspflichten, noch fordert sie in allen veränderungsanfälligen Bereichen eine entsprechende Nachsorge durch die gesetzgebenden Organe ein. Und selbst dort, wo die Verfassungsgerichte die Gesetzgebungsorgane an ihre Folgeverantwortung erinnern, greifen sie mal lediglich auf Überprüfungs-, mal auch auf Beobachtungspflichten zurück, ohne dass die Gründe für diese Differenzierung ersichtlich wären. Die Postulation von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten wirkt so in mehrfacher Hinsicht eher selektiv als systematisch.

Verstärkt wird dieser Eindruck noch dadurch, dass auch die Bedeutung, die dem Kompensationsgedanken für Begründung und Beschreibung von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten zukommt, je nach Fallkonstellation variiert. So schwingt er in den Fällen gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen unausgesprochen selbst dort mit, wo die Gerichte ihn nicht explizit bemühen. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten werden hier verbreitet als Reaktion darauf verstanden, dass die Gesetzgebungsorgane Prognose- und Einschätzungsspielräume genießen und die Dichte der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entsprechend beschränkt ist.<sup>1082</sup> Für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes soll es infolgedessen nicht genügen, dass sich die gesetzgeberische Prognose als falsch erweist, weil die tatsächliche Entwicklung nicht den von Seiten des Gesetzgebers angestellten Erwartungen entspricht.<sup>1083</sup> An die Stelle einer inhaltlichen Ergebniskontrolle tritt damit die Prüfung, ob die gesetzgeberische Prognose aus *ex ante*-Perspektive (methodisch) vertretbar erscheint.<sup>1084</sup> Vor diesem Hintergrund lagern Beobachtungs- und Überprüfungspflichten die den Gerichten verwehrt materielle Kontrolle auf den Gesetzgeber selbst aus: Wenn und weil es angesichts gesetzgeberischer Prognosespielräume an justiziablen Maßstäben für eine ergebnisbezogene Fremdkontrolle durch die

---

im Allgemeinen bei *J. Nolte*, *Der Staat* 52 (2013), S. 245 (249), der feststellt, es lasse sich „kaum eine einheitliche Linie [...] erkennen“.

<sup>1082</sup> Deutlicher Zusammenhang zwischen gesetzgeberischen Entscheidungsspielräumen und Beobachtungspflichten etwa bei BVerfGE 130, 263 (302); BayVerfGH, *Entsch. v. 12.1.1998 – Vf. 24-VII-94 –*, juris, Rn. 83; SächsVerfGH, *Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –*, juris, Rn. 128ff.; aus dem Schrifttum *I. Augsberg/S. Augsberg*, *VerwArch* 98 (2007), S. 290 (315f.); *A. Kießling*, *ZfRSoz* 38 (2018), S. 60 (64f.).

<sup>1083</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe statt vieler BVerfGE 25, 1 (12f.); 119, 181 (236f.); aus der sogleich noch zu besprechenden Judikatur zu Beobachtungs- und Überprüfungspflichten ebenso bspw. BayVerfGH, *Entsch. v. 12.1.1998 – Vf. 24-VII-94 –*, juris, Rn. 83; NWVerfGH, *NVwZ-RR* 1999, S. 81 (82).

<sup>1084</sup> So bereits BVerfGE 30, 250 (263); aus dem Schrifttum etwa *S. Huster*, *ZfRSoz* 24 (2003), S. 3 (8); *F. Ossenbühl*, in: *Festgabe 25 Jahre BVerfG*, Bd. I, 1976, S. 458 (517f.); *R. Stettner*, *DVBl.* 1982, S. 1123 (1125); am Beispiel des Mitbestimmungsurteils ebenso *I. Augsberg/S. Augsberg*, *VerwArch* 98 (2007), S. 290 (306); ausführlich und kritisch *C. Bickenbach*, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, 2014, S. 499ff. sowie *M. Raabe*, *Grundrechte und Erkenntnis*, 1998, S. 438, beide m. w. Nachw.

Gerichte fehlt, institutionalisieren Beobachtungs- und Überprüfungspflichten eine gesetzgeberische Selbstkontrolle, die zum einen gewährleistet, dass eine materiell-verfassungsrechtliche Überprüfung (nun: ohne Beschränkung auf die *ex ante*-Perspektive) überhaupt stattfindet, und deren Durchführung zum anderen ihrerseits gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Dass die materiellen Verfassungsvorgaben ihre Kontrollfunktion nur eingeschränkt erfüllen, wenn die gesetzgebenden Organe unter Ungewissheit entscheiden, beanspruchen Beobachtungs- und Überprüfungspflichten auf diese Weise auszugleichen.<sup>1085</sup>

Demgegenüber hat die für die zweite Fallgruppe kennzeichnende Problematik, dass sich Umstände verändern, die für die verfassungsrechtliche Bewertung eines Gesetzes von Bedeutung sind, für sich genommen nichts mit gesetzgeberischen Entscheidungsspielräumen zu tun, und sie hängt auch nicht notwendigerweise mit strukturellen Schwächen des materiellen Rechts, wie etwa dessen Unbestimmtheit, zusammen. Auch hochgradig bestimmte Normen, die uneingeschränkter Gerichtskontrolle unterliegen, können auf veränderliche Wirklichkeitsumstände Bezug nehmen. Auf die Fälle, in denen die Rechtsprechung an Beobachtungs- und Überprüfungspflichten erinnert, trifft das indes nicht zu. Die Dynamik der Realbedingungen wird für sie gerade im Zusammenhang mit Normen relevant, für deren Konkretisierung dem Gesetzgeber (aus anderen Gründen) ein Entscheidungsspielraum zusteht. Dennoch wird der Kompensationsgedanke in diesen Konstellationen deutlich seltener bemüht.

Um ein detaillierteres Bild von all dem zu zeichnen, werfen die folgenden Überlegungen einen Blick auf die Bereiche, in denen Beobachtungs- und Überprüfungspflichten bereits fest etabliert sind: Neben der Wirtschafts- und Wahlrechtsgesetzgebung (dazu lit. a und b) sowie der Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten (dazu lit. c) beleuchten sie die Rechtsprechung zur gesetzlichen Bestimmung des Existenzminimums (dazu lit. d) und der Richter- und Beamtenbesoldung (dazu lit. e), zur Privatschulfinanzierung (dazu lit. f) und zum kommunalen Finanzausgleich (dazu lit. g) sowie zu Gesetzesregelungen, die additive oder besonders intensive Grundrechtseingriffe ermöglichen (dazu lit. h).

---

<sup>1085</sup> Vgl. zur Kompensationslogik von Beobachtungspflichten auch *M. Goldhammer*, Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, 2021, S. 364; *S. Huster*, ZfRSoz 24 (2003), S. 3 (19 f.); *A. Kießling*, ZfRSoz 38 (2018), S. 60 (64 f.); in diese Richtung auch *I. Augsberg/S. Augsberg*, VerwArch 98 (2007), S. 290 (315 f.): „Korrektiv“; für Nachbesserungspflichten bei rechtmäßigen, aber sich nachträglich als falsch erweisenden Prognosen ebenso *P. Badura*, in: Festschrift für K. Eichenberger, 1982, S. 481 (486): „Kompensation oder Ausgleich der Prognoseentscheidung des Gesetzgebers“. Wie *C. Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996, S. 109 ff. richtig erkennt, führt genau diese Kompensationslogik zu dem scheinbar paradoxen Ergebnis, dass der Gesetzgeber zur Nachbesserung von Gesetzen verpflichtet sein kann, die sich – aufgrund der maßgeblichen *ex ante*-Perspektive – als verfassungsmäßig darstellen.

## a) Wirtschaftslenkende Gesetze

Gestützt auf die Erwägung, dass gesetzgeberische Prognosen über die Wirkungen wirtschaftslenkender Gesetze mit Unsicherheit behaftet sind, hat das BVerfG für Gesetze mit Bezug zur Berufsfreiheit bereits verschiedentlich Beobachtungs- und Überprüfungspflichten ausgesprochen. Den dogmatischen Rahmen bildet dabei durchweg der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, vor allem die Prüfungsstufen der Geeignetheit und der Angemessenheit. So müssten die Gesetzgebungsorgane „die weitere Entwicklung“ zum einen beobachten, um zu erheben, ob und inwiefern ein Gesetz zur Erreichung des von ihm verfolgten Ziels geeignet ist,<sup>1086</sup> zum anderen aber auch, um unvorhergesehene, aber nicht mehr zumutbare Folgen einer Gesetzesregelung rechtzeitig zu erkennen.<sup>1087</sup> Entsprechende Beobachtungen sowie eine anschließende Überprüfung und ggfs. Nachbesserung der betroffenen Gesetzesbestimmungen sollen insbesondere dann geboten sein, „wenn der Gesetzgeber sich über die tatsächlichen Voraussetzungen oder die Auswirkungen einer Regelung im Zeitpunkt ihres Erlasses ein ausreichend zuverlässiges Urteil noch nicht hat machen können“.<sup>1088</sup> Beobachtungspflichten konzipiert das Verfassungsgericht damit als fortgesetzte Ermittlungspflichten: Wo die Erfüllung der Ermittlungspflicht die maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen vor Gesetzeserlass nicht restlos aufzuklären vermag, bleibt es dem Gesetzgeber aufgegeben, dies im Wege weiterer Beobachtungen nach Gesetzeserlass nachzuholen.<sup>1089</sup> Auch wenn die Rechtsprechung dies nicht immer klar zu erkennen gibt, legt die Verwandtschaft von Ermittlungs- und Beobachtungspflichten doch die Vermutung nahe, dass auch diese als Reaktion auf und als Ausgleich für gesetzgeberische Entscheidungsspielräume zu verstehen sind.<sup>1090</sup> Auch sie dürften auf der Vorstellung beruhen, die angesichts der eingeschränkten Dichte der gerichtlichen Kontrolle zurückgenommene Kontrollfunktion des materiellen Verfassungsrechts auszugleichen, indem sie den Gesetzgeber dazu verpflichten, sich die relevanten Belange und Aspekte fortlaufend selbst vor Augen zu führen.

---

<sup>1086</sup> BVerfGE 95, 267 (314f.).

<sup>1087</sup> BVerfGE 123, 186 (266).

<sup>1088</sup> BVerfGE 110, 141 (158).

<sup>1089</sup> Siehe zu diesem Gedanken auch *W. Bernd*, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, 1989, S. 143f.; *C. Gusy*, ZRP 1985, S. 291 (294); *S. Huster*, ZfRSoz 24 (2003), S. 3 (12); *M. Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006, S. 464; *S. Ruf*, Die legislative Prognose, 2021, S. 126; in diese Richtung auch *A. Steinbach*, Der Staat 54 (2015), S. 267 (283).

<sup>1090</sup> Ausdrücklich für eine Interpretation im Sinne der Ausgleichslogik *M. Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006, S. 464; zu den entsprechenden Ermittlungs- und Bewertungspflichten bereits oben § 3 IV 2 c).



## b) Wahlrechtsgesetzgebung, insbes. Sperrklauseln

Im Bereich der Wahlrechtsgesetzgebung greift die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung bereits seit langem auf Überprüfungspflichten des Gesetzgebers zurück. Vor allem im Kontext der Frage, ob wahlrechtliche Sperrklauseln den Gleichheitsanforderungen des Grundgesetzes genügen, betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, der Gesetzgeber sei „verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird, etwa durch eine Änderung der vom Gesetzgeber vorausgesetzten tatsächlichen oder normativen Grundlagen oder dadurch, dass sich die beim Erlass der Norm hinsichtlich ihrer Auswirkungen angestellte Prognose als irrig erwiesen hat“.<sup>1091</sup> Obwohl das BVerfG damit auf beide der oben skizzierten Fallgruppen (gesetzgeberische Prognoseentscheidungen einerseits, Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse andererseits) verweist, spielen Prognosespielräume für die weitere Begründung der Überprüfungspflicht des Wahlrechtsgesetzgebers keine erkennbare Rolle. Stattdessen stützt das BVerfG die gesetzgeberische Evaluationspflicht auf die Feststellung, dass die Verfassungsmäßigkeit von Einschränkungen der Wahlgleichheit „nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden kann“ und der Gesetzgeber daher veränderten Umständen Rechnung tragen müsse.<sup>1092</sup>

Der Kompensationsgedanke findet in dieser Rechtsprechungslinie allerdings keine Erwähnung. Dass er keine plausible Deutungsfolie liefert, heißt das freilich nicht. Denn angesichts der Tatsache, dass der Wahlgesetzgeber erstens über Entscheidungsspielräume verfügt, zu deren Ausgleich er zweitens Ermittlungs- und Bewertungspflichten unterliegt,<sup>1093</sup> die wiederum drittens in Beobachtungs- und Überprüfungspflichten ihre natürliche Fortsetzung finden,<sup>1094</sup> läge es eigentlich nahe, die Ausgleichsfunktion der Ermittlungs- und Bewertungspflichten auch den skizzierten Überprüfungspflichten zuzuschreiben. Das BVerfG tut das indes nicht. Bemerkenswert ist zudem, dass die Verfassungsgerichte auch den im Lichte der betonten Dynamik naheliegenden Schluss, die gesetzgebenden Organen auch zur Beobachtung ihrer Entscheidungsgrundlagen anzuhalten, nicht ziehen. Sie beschränken sich auf die Forderung anlassgebundener Normüberprüfung, Hinweise auf Beobachtungspflichten des Ge-

<sup>1091</sup> BVerfGE 129, 300 (321 f.); ebenso BVerfGE 107, 286 (292); 120, 82 (108); 135, 259 (287); aus der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung etwa NWVerfGH, NVwZ 1995, S. 579 (581); NVwZ 2000, S. 666 (667).

<sup>1092</sup> BVerfGE 120, 82 (108); 129, 300 (322); 135, 259 (288).

<sup>1093</sup> Siehe dazu bereits oben § 3 V 2 d).

<sup>1094</sup> Dazu soeben § 3 V 5 a) sowie noch unten § 3 V 5 g).

setzgebers sind im Bereich der Wahlrechtsgesetzgebung hingegen die seltene Ausnahme geblieben.<sup>1095</sup>

### c) Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten

Im Zusammenhang mit der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten, insbesondere solcher für Leben und Menschenwürde, zählen hingegen auch Beobachtungspflichten zum verfassungsgerichtlichen Repertoire prozeduraler Anforderungen.<sup>1096</sup> Wo über die Gefährlichkeit bestimmter Techniken – und damit zugleich: über die Notwendigkeit gesetzgeberischer Schutzvorkehrungen – vernünftige Zweifel bestehen, soll es dem Gesetzgeber obliegen, „alle Anstrengungen zu unternehmen, um mögliche Gefahren frühzeitig zu erkennen“;<sup>1097</sup> und auch im Hinblick auf die Ungewissheit darüber, ob Gesetzgebungsmaßnahmen die zu schützenden Rechtsgüter wirklich effektiv bewahren, trifft die gesetzgebenden Organe eine Beobachtungspflicht, die sie dazu anhält, „sich in angemessenen zeitlichen Abständen in geeigneter Weise [zu] vergewissern, ob das Gesetz die erwarteten Schutzwirkungen tatsächlich entfaltet“.<sup>1098</sup> Wie damit schon anklingt, hält die Rechtsprechung diese gesetzgeberischen Überwachungspflichten gerade dann und deshalb für erforderlich, wenn und weil die gesetzge-

<sup>1095</sup> Siehe soweit ersichtlich einzig BVerfGE 135, 259 (288), wo das Gericht beiläufig von einer dem Gesetzgeber „aufgegebenen Beobachtung und Bewertung der aktuellen Verhältnisse“ spricht, im Übrigen aber in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung nur die Pflicht zur Überprüfung der gesetzlichen Regelung und ggfs. zu deren Änderung betont. Vgl. zur Chancengleichheit der Parteien auch BVerfGE 73, 40 (94): „Pflicht, die Richtigkeit seiner Prognose an den tatsächlichen Auswirkungen des Änderungsgesetzes zu messen [und] sich die dafür notwendigen statistischen Daten zu verschaffen“. Demgegenüber stellt NWVerfGH, NVwZ 1995, S. 579 (581) ausdrücklich fest, auch die Pflicht, eine „einmal erlassene und bei ihrem Erlaß mit dem Recht auf Gleichheit der Wahl und Chancengleichheit der politischen Parteien im Einklang stehende bzw. verfassungsgerichtlich als vereinbar mit diesem Recht bewertete Sperrklausel unter Kontrolle zu halten“ bedeute „nicht generell eine fortlaufende Kontrolle durch den Gesetzgeber; sie aktualisiert sich dann, wenn eindeutig eine Überprüfungsbedürftigkeit der Aufrechterhaltung einer Sperrklausel erkennbar ist“.

<sup>1096</sup> Den Zusammenhang von Schutz- und Beobachtungspflichten betont auch *K.-J. Bieback*, ZfRSoz 38 (2018), S. 42 (44).

<sup>1097</sup> BVerfGE 49, 89 (132). Strukturell verwandt ist dem die Beobachtungspflicht, die das BVerfG aus der Integrationsverantwortung der Verfassungsorgane ableitet. Diese verpflichte „die Verfassungsorgane – den grundrechtlichen Schutzpflichten nicht unähnlich –, sich dort schützend und fördernd vor die durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Rechtspositionen des Einzelnen zu stellen, wo dieser nicht selbst für ihre Integrität sorgen kann“, und beinhalte daher auch die Pflicht, „den Vollzug des Integrationsprogramms [...] kontinuierlich [zu] beobachten“, siehe BVerfGE 142, 123 (208 f.); ebenso BVerfGE 146, 216 (263); 151, 202 (298). Und auch im Zusammenhang mit der staatlichen Schutzpflicht für den durch die Wissenschaftsfreiheit gesicherten Freiheitsbereich verlangt das BVerfG, der Gesetzgeber habe im Hinblick auf mögliche Gefahren für die Wissenschaftsfreiheit die „bisherige[n] Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren“, siehe BVerfGE 111, 333 (356); 127, 87 (116).

<sup>1098</sup> BVerfGE 88, 203 (310).

benden Organe unter Ungewissheit entscheiden. Beobachtungspflichten beanspruchen angesichts dessen ein Wissensdefizit zu kompensieren, das nicht zuletzt auf die Unbestimmtheit der materiell-rechtlichen Verfassungsvorgaben zurückgeht: Die Unsicherheit darüber, ob eine gesetzliche Regelung wirksamen Grundrechtsschutz verspricht, wird erst dadurch provoziert, dass verfassungsrechtliche Schutzpflichten über die zu ihrer Erfüllung einzusetzenden Mittel keine Auskunft geben, sondern sich auf die Zielvorgabe effektiven Schutzes beschränken.<sup>1099</sup> Und auch die Ungewissheit darüber, ob eine Situation hinreichend gefährlich ist, um gesetzgeberische Schutzmaßnahmen zu erfordern, hat seine Ursache darin, dass Schutzpflichten angesichts ihrer finalen Normstruktur nur Ziele definieren, aber die Voraussetzungen unbestimmt lassen, unter denen die Erreichung dieser Ziele ein Tätigwerden erfordert. Indirekt reagieren Beobachtungspflichten somit zugleich darauf, dass die materiellen Verfassungsvorgaben, die die Grundrechte in ihrer Schutzpflichtendimension zur Verfügung stellen, das staatliche Handeln nur schwach konturieren. Im Lichte der oben skizzierten Verfassungsfunktionen mag man hierin einen Ausgleich für Schwächen der verfassungsrechtlichen Steuerungsfunktion sehen. In erster Linie dürften Beobachtungspflichten indes darauf zielen, die rechtsschützende Kontrollfunktion zu übernehmen, die angesichts der materiell-rechtlichen Unbestimmtheit Einschränkungen unterliegt. Denn da es an rechtlichen Maßstäben fehlt, die es den Gerichten erlauben, die gesetzgeberischen Prognosen zu Gefahrenlagen, Gesetzeswirkungen und anderen künftigen Entwicklungen durch eigene Einschätzungen zu ersetzen, genießen die Gesetzgebungsorgane insoweit eine Einschätzungsprärogative.<sup>1100</sup> Soweit diese die inhaltliche (Fremd-)Kontrolle gesetzgeberischer Schutzpflichtenerfüllung durch die Gerichte zurückdrängt, tritt die durch Beobachtungspflichten erzwungene und in ihren prozeduralen Aspekten zudem justiziable Selbstkontrolle durch die Gesetzgebungsorgane an deren Stelle.

#### *d) Festlegung des Existenzminimums*

Beobachtungs- und Überprüfungspflichten treffen den Gesetzgeber daneben auch im Hinblick auf die Konkretisierung des grundrechtlichen Anspruchs auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. So obliegt es dem Gesetzgeber nach Auffassung des BVerfG, die gesetzliche Festlegung des für eine menschenwürdige Existenz Notwendigen „fortwährend zu überprüfen und weiterzuentwickeln“,<sup>1101</sup> damit auf „Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen wie auf Preissteigerungen oder auf die Erhöhung von Verbrauchsteuern [...] auch in der Normsetzung zeitnah reagiert werden“

<sup>1099</sup> Vgl. *J. Rauber*, AöR 143 (2018), S. 67 (85 f., 95 f.).

<sup>1100</sup> Deutlich BVerfGE 49, 89 (131).

<sup>1101</sup> BVerfGE 137, 34 (74); 132, 134 (163); 125, 175 (225).

kann.<sup>1102</sup> Ohne kontinuierliche Beobachtung der gesellschaftlichen Verhältnisse dürfte sich diese Forderung, der Gesetzgeber müsse seine Festsetzungen fortwährend überprüfen, nicht erfüllen lassen. Schließlich fehlte der entsprechenden Prüfung ohne Abgleich etwa mit der Entwicklung der Lebenshaltungskosten der Maßstab. Die explizit ausgesprochene Überprüfungspflicht dürfte unausgesprochen daher auch eine Beobachtungspflicht des Gesetzgebers einschließen.

Anders als in den vorstehenden Schutzpflichtenkonstellationen hängt diese Beobachtungs- und Überprüfungspflicht allerdings nicht mit gesetzgeberischen Prognose- und Einschätzungsspielräumen zusammen. Da sich die Höhe des Leistungsanspruchs weder aus der Menschenwürdegarantie noch aus dem Sozialstaatsprinzip exakt ableiten lässt, bestehen solche Spielräume zwar auch hier.<sup>1103</sup> Doch werden sie bereits durch die oben skizzierte Konzeptpflicht aufgefangen.<sup>1104</sup> Sie gibt dem Gesetzgeber auf, sich zur Bestimmung des Existenzminimums auf eine sachgerechte Ermittlungsmethode und ein taugliches Berechnungsverfahren festzulegen, und grenzt die Unbestimmtheit der inhaltlichen Verfassungsvorgaben auf diese Weise hinreichend ein. Auf die Auswahl dieser zur Ermittlung und Berechnung des Existenzminimums eingesetzten Methode erstreckt sich die Überprüfungspflicht der gesetzgebenden Organe allerdings nicht; zu überprüfen hat der Gesetzgeber lediglich die mit deren Hilfe gewonnenen Ergebnisse.<sup>1105</sup> Angesichts dessen reagiert die Pflicht zur fortwährenden Ergebnisprüfung weniger auf die Unbestimmtheit der materiellen Verfassungsvorgaben oder die ungewissheitsbedingte Fallibilität der gesetzgeberischen Festlegungen als vielmehr darauf, dass die Frage nach dem Existenzminimum auf Realbedingungen verweist, die beständigem Wandel unterliegen. Mit dem Kompensationsgedanken lässt sich die Aktualisierungsfunktion, die der Beobachtungs- und Überprüfungspflicht demnach noch verbleibt, nicht ohne Weiteres verbinden. Das BVerfG tut dies denn auch nicht.

#### e) *Besoldungsgesetzgebung*

Auch für den Bereich der gesetzlichen Ausgestaltung der Richter- und Beamtenbesoldung entnimmt das BVerfG der „zweiten Säule“ des in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten Alimentationsprinzips Beobachtungs- und Überprüfungs-

<sup>1102</sup> BVerfGE 132, 134 (163); in der Sache ebenso bereits BVerfGE 125, 175 (225).

<sup>1103</sup> BVerfGE 137, 34 (72); 132, 134 (160f.); 125, 175 (224f.); 91, 93 (111); siehe auch BVerfGE 87, 153 (170).

<sup>1104</sup> Siehe dazu oben § 3 V 1 b).

<sup>1105</sup> Siehe BVerfGE 137, 34 (74); 132, 134 (163); 125, 175 (225). Seinen Grund mag das auch darin finden, dass die Sachgerechtigkeit des zur Bestimmung des Existenzminimums eingesetzten Verfahrens nicht in gleicher Weise von gesellschaftlichen Entwicklungen abhängt wie die mit ihm erzeugten Ergebnisse. Die Prüfung des Verfahrens selbst bedarf daher auch keiner Aktualisierung. Das BVerfG scheint daher davon auszugehen, die Frage der Tauglichkeit des Verfahrens mit der (einmaligen) gerichtlichen Prüfung selbst endgültig klären zu können.

pflichten.<sup>1106</sup> Dem Besoldungsgesetzgeber soll es demnach obliegen, die tatsächliche Entwicklung der Lebensverhältnisse zu beobachten,<sup>1107</sup> um die Besoldungshöhe auf dieser Grundlage kontinuierlich fortschreiben zu können. Und sofern er die Besoldungsstruktur grundlegend umgestalte, müssten die gesetzgebenden Organe sich zudem „die tatsächlichen Auswirkungen der Neuregelung für die von der Vorschrift betroffenen Beamtinnen und Beamten vergegenwärtigen und auf dieser Grundlage erwägen, ob die Alimentation (weiterhin) den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht“.<sup>1108</sup>

Das BVerfG attestiert diesen Überprüfungs- und Beobachtungspflichten eine Ausgleichsfunktion für die mangelnde inhaltliche Dichte des Art. 33 Abs. 5 GG: Sie „kompensieren die Schwierigkeit, das verfassungsrechtlich gebotene Besoldungsniveau anhand materieller Kriterien zu bestimmen“.<sup>1109</sup> Wie genau sich dieser Ausgleich vollzieht und was Beobachtungs- und Überprüfungspflichten gegen die Unbestimmtheit der materiellen Verfassungsdirektiven auszurichten vermögen, lässt das BVerfG indes offen. Die spärlichen Andeutungen, die sich insofern finden, lassen lediglich vermuten, dass der Kompensationsgedanke in erster Linie die verfassungsrechtliche Kontrollfunktion betrifft: Indem die gesetzgebenden Organe durch Beobachtungs- und Überprüfungspflichten zur fortlaufenden Selbstkontrolle angehalten werden, soll ausgeglichen werden, dass „das grundrechtsgleiche Recht auf Gewährung einer amtsangemessenen Alimentation keine quantifizierbaren Vorgaben im Sinne einer exakten Besoldungshöhe liefert“<sup>1110</sup> und die dadurch entstehenden gesetzgeberischen Gestaltungsspielräume auch den Raum für eine Ergebniskontrolle durch die Gerichte erheblich beschränken.<sup>1111</sup> Für Systemwechsel in der Besoldungsstruktur macht das BVerfG diesen Gedanken explizit: Beobachtungs- und Überprüfungspflichten sollen hier gerade „im Gegenzug“ dafür entstehen, dass die gerichtliche Überprüfung der Amtsangemessenheit der Besoldung dadurch (zusätzlich) eingeschränkt wird, dass „dem Gesetzgeber für die Etablierung neuer Besoldungsmodelle ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zu[steht]“, weil ein derartiger Systemwechsel stets Unsicherheiten birgt und „sich seine Tragfähigkeit und Auswirkungen erst allmählich herausstellen“.<sup>1112</sup>

<sup>1106</sup> Siehe insbes. BVerfGE 130, 263 (301 ff.); siehe ferner BVerfGE 149, 382 (395 f.); etwas andere Verortung in BVerfGE 155, 1 (28); dazu auch A. Pilniok, ZBR 2015, S. 361 (366); übersehen bei T. Schwan, DÖV 2021, S. 368 (377).

<sup>1107</sup> BVerfGE 155, 1 (28); 117, 330 (355).

<sup>1108</sup> BVerfGE 149, 382 (396).

<sup>1109</sup> BVerfGE 130, 263 (301 f.).

<sup>1110</sup> BVerfGE 149, 382 (395); 130, 263 (301).

<sup>1111</sup> Siehe zu Gestaltungsspielraum und eingeschränkter Kontrolldichte im Besoldungsrecht auch BVerfGE 140, 240 (278 f.); 139, 64 (112 f.). Kritisch aber A. Pilniok, ZBR 2015, S. 361 (366): Die Offenheit des Alimentationsprinzips werde bereits durch die materiell-rechtlichen Vorgaben des BVerfG aufgefangen.

<sup>1112</sup> BVerfGE 130, 263 (301 f.).

## f) Privatschulfinanzierung

Mit ähnlichen Erwägungen und teils in klarer Anlehnung an die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Besoldungsrecht<sup>1113</sup> fordern einige Landesverfassungs- und Oberverwaltungsgerichte Beobachtungs- und Überprüfungs-pflichten auch im Hinblick auf die gesetzliche Ausgestaltung der Ersatzschulförderung ein.<sup>1114</sup> Den Gesetzgebungsorganen obliege es, so formuliert etwa der SächsVerfGH, „fortlaufend zu beobachten“, wie sich das von ihnen gewählte Modell der Ersatzschulförderung in der Praxis auswirke.<sup>1115</sup> Insbesondere müssten sie im Auge behalten, ob sich die ihren Prognosen zugrunde gelegten „Annahmen als zutreffend erweisen“.<sup>1116</sup> Dass das materielle Verfassungsrecht keine Kriterien bereithält, die es erlaubten, Art und Umfang der den Privatschulen mindestens zu gewährenden Förderung exakt zu beziffern, werde auf diese Weise prozedural kompensiert.<sup>1117</sup>

Im Fokus dieser Kompensation durch Verfahren steht dabei erneut die Kontrollfunktion des materiellen Verfassungsrechts. Erkennbar getragen von der Befürchtung, die gerichtliche Kontrolle könne in Ermangelung präziser materiell-rechtlicher Maßstäbe das Ziel wirksamen Grundrechtsschutzes verfehlen, präsentiert der SächsVerfGH die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers als Instrument prozeduraler Grundrechtssicherung.<sup>1118</sup> Dahinter steht offenbar die Hoffnung, die beobachtungs-basierte Selbstkontrolle durch den Gesetzgeber könne die inhaltliche Fremdkontrolle durch die Gerichte ersetzen. Angesichts dessen erstaunt es, dass die Rechtsprechung im Bereich der Privatschulförderung regelmäßig nur die gesetzgeberische Beobachtung der tatsächlichen Entwicklungen explizit einfordert, eine darauf aufbauende Überprüfung der bestehenden Regelungen hingegen lediglich implizit voraussetzt, nämlich als Zwischenschritt zu einer gegebenenfalls erforderlichen Nachbesserung durch den Gesetzgeber.<sup>1119</sup>

<sup>1113</sup> Siehe etwa SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 135, der sich auf BVerfGE 130, 263 (302) stützt, und VGH Mannheim, Urt. v. 14.07.2010 – 9 S 2207/09 –, juris, Rn. 124, der zur Begründung auf BVerfGE 117, 330 (355) verweist.

<sup>1114</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 132, 135; OVG Bautzen, Urt. v. 02.03.2011 – 2 A 47/09 –, juris, Rn. 28; VGH Mannheim, Urt. v. 14.07.2010 – 9 S 2207/09 –, juris, Rn. 124; VGH München, Beschl. v. 25.10.2010 – 7 ZB 10.880 –, juris, Rn. 28.

<sup>1115</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 132.

<sup>1116</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 135.

<sup>1117</sup> So ausdrücklich SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 129.

<sup>1118</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 128.

<sup>1119</sup> Siehe etwa SächsVerfGH, Urt. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12 –, juris, Rn. 135; OVG Bautzen, Urt. v. 02.03.2011 – 2 A 47/09 –, juris, Rn. 28.

g) *Finanzausgleichsgesetzgebung*

Nach der Rechtsprechung einiger Landesverfassungsgerichte unterliegen die Gesetzgebungsorgane daneben auch bei der gesetzlichen Ausgestaltung des kommunalen Finanzausgleichs Beobachtungs- und Überprüfungspflichten.<sup>1120</sup> Erforderlich erscheint das den Gerichten deshalb, weil sich die Einnahmen- und Ausgabensituation der Länder und der Kommunen für die Vergangenheit zwar zweifelsfrei feststellen lässt, aber belastbare Rückschlüsse auf deren künftige Finanzkraft schon deshalb kaum erlaubt, weil die Höhe der Einnahmen und Ausgaben von Ländern und Kommunen sich fortwährend verändert – etwa in Folge eines wachsenden kommunalen Aufgabenbestands, aufgrund von Steuer- oder -mindereinnahmen sowie veranlasst durch Erhöhungen der Personalkosten in Konsequenz neuer Tarifabschlüsse. Die beiden eingangs skizzierten Fallgruppen (Prognoseentscheidungen einerseits, Dynamik des Realbereichs andererseits) gehen angesichts dessen fließend ineinander über: Während manche Gerichte hervorheben, dass die Entscheidungsgrundlagen der Finanzausgleichsgesetzgebung nicht ein für alle Mal feststehen, sondern sich auch im Nachgang der gesetzgeberischen Entscheidung dynamisch fortentwickeln (können),<sup>1121</sup> begreifen andere die Finanzausgleichsgesetzgebung aufgrund eben dieser Dynamik als gesetzgeberische Prognoseentscheidung unter Ungewissheit.<sup>1122</sup>

In den Folgerungen, die sie daraus ziehen, sind sie sich indes weitgehend einig: Die gesetzgebenden Organe seien gehalten, insbesondere Veränderungen in Aufgabenbestand und Finanzbedarf der Kommunen „laufend zu beobachten“,<sup>1123</sup> um sich so „kontinuierlich der Richtigkeit der [...] bei der Gestaltung des Verteilungsmodus vorausgesetzten Prämissen [zu] vergewissern“.<sup>1124</sup> Und sie treffe die Pflicht, ausgehend von den angestellten Beobachtungen, in regel-

<sup>1120</sup> Befürwortend BayVerfGH, Entsch. v. 12.1.1998 – Vf. 24-VII-94 –, juris, Rn. 83 f., 94; BbgVerfG, NVwZ-RR 2000, S. 129 (131); HessStGH, NVwZ 2013, S. 1151 (1153); MVVerfG, LKV 2006, S. 461 (466); NdsStGH, Urt. v. 04.06.2010 – StGH 1/08 –, juris, Rn. 80; NWVerfGH, NVwZ-RR 1999, S. 81 (82); RhPfVerfGH, NVwZ 2012, S. 1034 (1037); ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, S. 665 (672). In der Rechtsprechung des BVerfG sind Beobachtungspflichten des Finanzausgleichsgesetzgebers lediglich im Hinblick auf die Berücksichtigung von Sonderlasten anerkannt, den dogmatischen Anknüpfungspunkt hierfür bildet der Gleichheitssatz, siehe BVerfGE 116, 327 (381); 101, 158 (225); 72, 330 (405 f.).

<sup>1121</sup> So etwa RhPfVerfGH, NVwZ 2012, S. 1034 (1037): „fortwährenden Veränderungen unterworfen“; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (672): „ständigen Veränderungen unterliegen“, „keine konstanten Größen“.

<sup>1122</sup> Diese Interpretation etwa bei BayVerfGH, Entsch. v. 12.1.1998 – Vf. 24-VII-94 –, juris, Rn. 83 f., 94; NWVerfGH, NVwZ-RR 1999, S. 81 (82).

<sup>1123</sup> MVVerfG, LKV 2006, S. 461 (466); siehe auch SchlHLVerfG, Urt. v. 27.1.2017 – LVerfG 4/15 –, juris, Rn. 124.

<sup>1124</sup> NdsStGH, Urt. v. 04.06.2010 – StGH 1/08 –, juris, Rn. 80; ebenso NWVerfGH, NVwZ-RR 1999, S. 81 (82); ähnlich BayVerfGH, Entsch. v. 12.1.1998 – Vf. 24-VII-94 –, juris, Rn. 94: Pflicht des Gesetzgebers, zu beobachten, „ob sich die Dinge [...] anders entwickeln sollten, als er angenommen hat“.

mäßigen Abständen zu überprüfen, ob das bestehende Finanzausgleichssystem dem Finanzbedarf der Kommunen noch gerecht werde<sup>1125</sup> oder „ob wegen Veränderungen in der Belastung mit Aufgaben und Ausgaben eine Veränderung in der Relation der Finanzmittel zwischen Land und Kommunen angezeigt oder geboten ist“.<sup>1126</sup> Als Adressat dieser Pflichten wird dabei meist „der Gesetzgeber“,<sup>1127</sup> zuweilen aber auch die Landesregierung angesprochen.<sup>1128</sup>

Dass den Beobachtungs- und Überprüfungspflichten des Gesetzgebers auch im Kontext der Finanzausgleichsgesetzgebung eine Kompensationsfunktion zudedacht ist, kommt zwar kaum je ausdrücklich zur Sprache. An zwei Punkten zeigt es sich dennoch deutlich: Zum einen steht die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers in den zugrundeliegenden Entscheidungen in engem Zusammenhang mit gesetzgeberischen Entscheidungsspielräumen. Beobachtung und Überprüfung durch den Gesetzgeber selbst (und die entsprechende justizielle Verfahrenskontrolle) fungieren erkennbar als Gegenpol zur Begrenzung der inhaltlichen Fremdkontrolle durch die Gerichte. Kaum zu trennen sind Beobachtungs- und Überprüfungspflichten zum anderen von den oben bereits besprochenen Ermittlungs- und Bewertungspflichten.<sup>1129</sup> Obwohl die Gerichte dies nicht ausbuchstabieren, ist die zugrundeliegende Logik bestechend: Indem Beobachtungspflichten den Gesetzgeber zur kontinuierlichen Beobachtung seiner Entscheidungsgrundlagen verpflichten, verlängern sie die gesetzgeberischen Ermittlungspflichten über den Zeitpunkt des Gesetzeserlasses hinaus. Und indem Überprüfungspflichten dem Gesetzgeber aufgeben, seine gesetzgeberische Entscheidung im Lichte neuer Beobachtungen nochmals zu überdenken, verlangen sie zugleich eine (Neu-)Bewertung der Entscheidungsgrundlagen. Da sich das Gewicht einzelner Entscheidungsfaktoren immer nur relativ zu demjenigen anderer Faktoren bestimmen lässt, trifft das auch die unverändert gebliebenen Tatsachen und Belange. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten lassen sich so gewissermaßen als Ermittlungs- und Bewertungspflichten reformulieren.<sup>1130</sup>

<sup>1125</sup> BbgVerfG, NVwZ-RR 2000, S. 129 (131).

<sup>1126</sup> MVVerfG, LKV 2006, S. 461 (466). Im Hinblick auf die zeitlichen Abstände der Überprüfung besteht indes Uneinigkeit: BbgVerfG, NVwZ-RR 2000, S. 129 (131): „spätestens alle drei Jahre“; MVVerfG, LKV 2006, S. 461 (466): „gegebenenfalls auch schon vor Ablauf von vier Jahren“; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (672): „in zeitlichem Zusammenhang mit der Normierung des Landeshaushalts, also in jährlichen oder – bei Doppelhaushalten – zweijährigen Abständen“; offen lassend BVerfGE 116, 327 (381); 101, 158 (225); 72, 330 (405 f.): „in angemessenen Abständen“.

<sup>1127</sup> Siehe nur HessStGH, NVwZ 2013, S. 1151 (1153); RhPfVerfGH, NVwZ 2012, S. 1034 (1037); ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (672); SchlHLVerfG, Urt. v. 27.01.2017 – LVerfG 4/15 –, juris, Rn. 124.

<sup>1128</sup> MVVerfG, LKV 2006, S. 461 (466).

<sup>1129</sup> Deutlich etwa bei HessStGH, NVwZ 2013, S. 1151 (1153).

<sup>1130</sup> Siehe zu diesem Gedanken bereits oben § 3 V 5 a).



Das oben zum Kompensationsanspruch letzterer Gesagte trifft daher auch auf erstere zu.<sup>1131</sup>

#### *h) Straf- und Strafverfahrensgesetzgebung*

Gesetzgeberische Beobachtungs- und Überprüfungspflichten finden sich schließlich noch im Bereich des Straf- bzw. Strafverfahrensrechts. So hält das BVerfG die Gesetzgebungsorgane etwa für verpflichtet, Maßregeln der Sicherung, wie die sog. elektronische Fußfessel, fortlaufend auf ihre Wirksamkeit hin zu beobachten, wenn und weil es insofern an „zweifelsfreien empirischen Nachweisen“ fehle.<sup>1132</sup> Und auch die Wirkungen, die von der Strafbewährung des unerlaubten Umgangs mit Cannabisprodukten ausgehen, müsse der Gesetzgeber angesichts der „offenen kriminalpolitischen und wissenschaftlichen Diskussion“ darüber, wie die vom Cannabiskonsum ausgehenden Gefahren am besten zu bekämpfen seien, im Blick behalten und überprüfen.<sup>1133</sup> Im Lichte des informationstechnischen Wandels müssten die Gesetzgebungsorgane zudem beobachten, wie die Praxis mit den Spielräumen umgehe, die sich aus den offenen Formulierungen strafprozessualer Ermittlungsermächtigungen für sie ergeben.<sup>1134</sup> Und auch die Eignung der grundrechtsschützenden Verfahrensvorkehrungen, mit denen der Gesetzgeber verhindern wolle, dass Verdächtige durch das Zusammenwirken gleichzeitiger Ermittlungsmaßnahmen unterschiedlicher Ermittlungsbehörden übermäßig belastet werden, bedürfe der Beobachtung, weil deren Wirksamkeit durch spätere Entwicklungen in Frage gestellt werden könne.<sup>1135</sup> Und im Lichte der Defizite, die sich bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben zu Absprachen im Strafprozess ergeben haben, müsse der Gesetzgeber schließlich auch hier „die weitere Entwicklung sorgfältig im Auge behalten“, um festzustellen, ob die gesetzlichen (Verfahrens-)Vorkehrungen des Verständigungsgesetzes „ausreichen, um das festgestellte Vollzugsdefizit zu beseitigen“.<sup>1136</sup>

Sieht man von der Cannabis-Entscheidung ab, so bildet das verbindende Element dieser zunächst disparat erscheinenden Beobachtungspflichten deren Begründung: Nach Auffassung des BVerfG ist es gerade die besondere Eingriffsintensität oder die besondere Gefährlichkeit für den Grundrechtsschutz, die Beobachtungspflichten durch den Gesetzgeber hier erforderlich macht.<sup>1137</sup> Dass

<sup>1131</sup> Siehe zum Kompensationsanspruch von Ermittlungs- und Bewertungspflichten im Kontext der Finanzausgleichsgesetzgebung oben § 3 V 2 j).

<sup>1132</sup> BVerfGE 156, 63 (140f., Zitat auf 140).

<sup>1133</sup> BVerfGE 90, 145 (194).

<sup>1134</sup> BVerfGE 112, 304 (316f.); Beobachtungspflichten in Folge des technologischen Wandels sieht das BVerfG auch in BVerfGE 156, 63 (142).

<sup>1135</sup> BVerfGE 112, 304 (320f.).

<sup>1136</sup> BVerfGE 133, 168 (235f., Zitat auf S. 236).

<sup>1137</sup> BVerfGE 156, 63 (141); 112, 304 (316, 319f.).

sie mit dem Beitrag, den sie zur effektiven Sicherung der Grundrechte zu leisten beanspruchen, zugleich einen Ausgleich für Schwächen des materiellen Verfassungsrechts leisteten, wird indes in keiner der zugrundeliegenden Entscheidungen erkennbar. Lediglich im Kontext der verfassungsrechtlichen Beurteilung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung klingt der auch sonst übliche Zusammenhang mit gesetzgeberischen Entscheidungsspielräumen an.<sup>1138</sup>

*i) Zusammenführung: Kompensation durch gesetzgeberische Beobachtungs- und Überprüfungspflichten*

Gesetzgeberische Beobachtungs- und Überprüfungspflichten werden, so zeigt der vorstehende Überblick, zwar nicht in allen Bereichen, in denen sie zum Einsatz kommen, mit der Idee prozeduraler Kompensation in Verbindung gebracht. In vielen Bereichen ist ihre Ausgleichsfunktion aber anerkannt.

Anwendung finden sie vor allem in zwei Fallkonstellationen: Die Rechtsprechung bemüht sie zum einen in Fällen, in denen der Gesetzgeber seine Entscheidungen auf Prognosen stützt, weil „die tatsächlichen Voraussetzungen oder die Auswirkungen einer Regelung bei ihrem Erlass noch nicht ausreichend zuverlässig beurteilt werden können“<sup>1139</sup>. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten stellen sich hier als natürliche Verlängerung der Ermittlungs- und Bewertungspflichten dar, denen die Gesetzgebungsorgane im Vorfeld der Legislativentscheidung unterliegen. Der Möglichkeit, ja oftmals der Notwendigkeit, eine gesetzgeberische Entscheidung zu treffen, bevor sich die maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen mit letzter Gewissheit aufklären lassen, korrespondiert insofern die Pflicht, die verbleibenden Ungewissheiten durch eine kontinuierliche Beobachtung schrittweise abzubauen und die getroffenen Entscheidungen im Lichte des aktualisierten Wissensbestands neu zu bewerten.<sup>1140</sup>

Zum anderen begegnen gesetzgeberische Beobachtungs- und Überprüfungspflichten auch dort, wo die materiellen Verfassungsvorgaben auf eine gesetzliche Konkretisierung angewiesen sind und zugleich auf Wirklichkeitsbedingungen verweisen, die fortwährenden Veränderungen unterliegen. Und auch in diesen Fällen geben Beobachtungs- und Überprüfungspflichten dem Gesetzgeber lediglich auf, die Ermittlungen und Bewertungen, zu denen er bereits vor Gesetzeserlass verpflichtet ist, auch nach Gesetzeserlass fortzuführen. Anders als in der erstgenannten Fallkonstellation rechtfertigt sich diese Verlängerung der Ermittlungs- und Bewertungspflichten indes nicht dadurch, dass die Ergebnisse der vorlaufenden Ermittlungen und Bewertungen unvollständig geblieben wären. Vielmehr erscheint deren Fortsetzung deshalb angezeigt, weil die Verän-

<sup>1138</sup> BVerfGE 156, 63 (140).

<sup>1139</sup> BVerfGE 146, 164 (197); ebenso BVerfGE 110, 141 (158); siehe auch A. Kießling, ZfRSoz 38 (2018), S. 60 (61).

<sup>1140</sup> In diese Richtung auch K.-J. Bieback, ZfRSoz 38 (2018), S. 42 (53).

derungsanfälligkeit des betroffenen Wirklichkeitsbereichs die Verlässlichkeit einmal gewonnener Feststellungen latent bedroht. Verpflichtet das Verfassungsrecht den Gesetzgeber daher etwa, im Vorfeld der gesetzlichen Ausgestaltung des kommunalen Finanzausgleichs „Finanzstärke und Aufgabenbelastung von Land und Kommunen“ zu ermitteln und zu bewerten,<sup>1141</sup> um zu kompensieren, dass sich den verfassungsrechtlichen Vorgaben die exakte Höhe des gebotenen Finanzausgleichs nicht entnehmen lässt, so erscheint es angesichts der Veränderungsanfälligkeit von Aufgabenbestand und Einnahmenniveau nur konsequent, zu verlangen, dass der Gesetzgeber diese Faktoren nach Gesetzeserlass weiter im Blick behält. An der Unergiebigkeit der materiell-verfassungsrechtlichen Maßstäbe, aus der sich die Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Sachaufklärung rechtfertigt, hat sich durch den Erlass des Finanzausgleichsgesetzes schließlich nichts geändert.

Im Hinblick darauf, welches genaue Defizit gesetzgeberische Beobachtungs- und Überprüfungspflichten auszugleichen beanspruchen, ergeben sich aus dieser unterschiedlichen Rechtfertigung erstaunlicherweise keine Unterschiede. Obwohl Beobachtungs- und Überprüfungspflichten in der erstgenannten Fallgruppe auf epistemische, in der zweiten hingegen auf normative Entscheidungsspielräume reagieren,<sup>1142</sup> wird ihre Ausgleichsfunktion durchweg darin gesehen, dass sie Einschränkungen ausgleichen, die das materielle Verfassungsrecht in seiner Funktion als Kontrollmaßstab angesichts dieser Spielräume aufweist. Indem sie eine umfassend informierte und sorgfältig abgewogene Gesetzesentscheidung gerade dort zu gewährleisten versuchen, wo das materielle Verfassungsrecht keine kontrollfähigen Maßstäbe bereithält, bemühen sie sich sicherzustellen, dass die Rechtsschutzeffekte einer gerichtlichen Ergebniskontrolle auch ohne diese erreicht werden. Die Verwandtschaft zu Ermittlungs- und Bewertungspflichten zeigt sich hier ein weiteres Mal.

## 6. Ergebnis

Die Vorstellung, dass sich Defizite des materiellen Rechts durch Verfahrensvorkehrungen ausgleichen lassen, hat – das haben die vorstehenden Betrachtungen deutlich gemacht – längst auch in Verfassungsrechtsprechung und Gesetzgebungslehre Fuß gefasst. Die Verfahrensinstrumente, auf denen die Ausgleichshoffnungen ruhen, reichen von gesetzgeberischen Konzeptpflichten bis zur Pflicht der Gesetzgebungsorgane, die maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen

<sup>1141</sup> BWSStGH, Urt. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 98; siehe auch ThürVerfGH, Urt. v. 21.06.2005 – 28/03 –, juris, Rn. 159, 161 f., 166; NdsStGH, NVwZ-RR 1998, S. 529 (530, 531); NdsStGH, NVwZ-RR 2001, 553 (554); HessStGH, NVwZ 2013, S. 1151 (1153); RhPfVerfGH, NVwZ 2012, S. 1034 (1036 f.).

<sup>1142</sup> Zu dieser Differenzierung unterschiedlicher Spielraumarten *M. Klatt/J. Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, 2010, S. 15 ff., 41 ff.

vollständig und zutreffend zu ermitteln, zu bewerten und zu dokumentieren. Die Erwartung, dass die gesetzgebenden Organe ihre Entscheidungen durch die Angabe von Gründen erläutern, schließen sie ebenso ein wie die Forderung, der Gesetzgeber möge die nachfolgenden Entwicklungen beobachten, um bereits beschlossene Gesetze auf deren Basis erneut zu überprüfen. Partizipative Verfahrenselemente sind für die Ausgleichsfunktion des Gesetzgebungsverfahrens hingegen nur in wenigen Konstellationen von Bedeutung, insgesamt spielen sie eine untergeordnete Rolle. An dem grundsätzlichen Befund, dass auch ihnen eine Kompensationsfunktion zugesprochen wird, ändert das indes nichts.

Doch welche genaue Schwäche des materiellen Rechts beanspruchen all diese Verfahrensanforderungen auszugleichen? Die Antwort hierauf lautet durchweg: Wo die Gesetzgebungsorgane im Lichte des Kompensationsgedankens prozeduralen Pflichten unterworfen werden, geschieht dies, um auszugleichen, dass die materiellen Verfassungsvorgaben die ihnen zugedachte Kontrollfunktion nur eingeschränkt erfüllen. Von Konzept-, Ermittlungs- und Bewertungs-, aber auch von Dokumentations- und Begründungspflichten verspricht sich die Rechtsprechung zwar gelegentlich auch Kompensation dafür, dass die Offenheit der materiellen Verfassungsdirektiven deren Begrenzungsfunktion beeinträchtigt. Im Zentrum steht aber stets der Ausgleich für die verringerte Kontrollmaßstäblichkeit der materiellen Verfassungsvorgaben. Dass Konzept-, Ermittlungs- und Bewertungspflichten, Beteiligungs-, Dokumentations- und Begründungs- sowie Beobachtungs- und Überprüfungspflichten in den skizzierten Rechtsprechungslinien teilweise nebeneinander Anwendung finden, obwohl sie doch alle dasselbe Defizit auszugleichen beanspruchen, legt nahe, dass sie sich – jedenfalls ihrer idealtypischen Konzeption nach – gegenseitig ergänzen: Gesetzgeberische Konzeptpflichten verringern die normativen Spielräume des materiellen Verfassungsrechts, indem sie Kriterien oder Methoden vorgeben, die den Gesetzgeber bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Direktiven verbindlich anleiten. Ihre Maßstabswirkung entfalten Konzepte dabei gerade auch im Hinblick auf die den Gesetzgebungsorganen aufgegebenen Ermittlungen und Bewertungen. Indem sie festlegen, welche Kriterien und Gewichtungen für eine Entscheidung maßstäblich sind, bestimmen sie zugleich, welche Tatsachen die Gesetzgebungsorgane erheben und wie sie diese zueinander ins Verhältnis setzen müssen. Die BVerfG-Entscheidungen zum Maßstäbengesetz und zur Höhe des SGB II-Regelsatzes illustrieren das gut. In Reaktion auf die zurückgenommene Kontrollfunktion des materiellen Verfassungsrechts bemühen sich Ermittlungs- und Bewertungspflichten dabei ihrerseits sicherzustellen, dass Gesetzgebungsentscheidungen wohlinformiert und nach sorgfältiger Abwägung getroffen werden. Sie versuchen eine rationale Aufarbeitung und Auswertung der zu berücksichtigenden Belange zu gewährleisten, die darauf zielt, die Rechtsschutzeffekte der gerichtlichen Kontrolle bereits im Gesetzgebungsverfahren zu erreichen. Gesetzgeberische Dokumentations- und Begrün-

dungspflichten sichern dieses Anliegen in gleich doppelter Weise ab: Indem sie den Gesetzgebungsorganen aufgeben, die gewonnenen Ermittlungsergebnisse festzuhalten und die ihrer Entscheidung zugrundeliegenden Erwägungen zu erläutern, zwingen sie den Gesetzgeber erstens dazu, sich die ermittelten Tatsachen und getroffenen Wertungen (erneut) vor Augen zu führen. Dass zu berücksichtigende Belange außer Acht bleiben oder nicht mit dem ihnen gebührenden Gewicht in die Entscheidung einfließen, versuchen sie auf diese Weise zu verhindern. Zweitens wird der Ermittlungs- und Bewertungsvorgang selbst erst durch Entscheidungsdokumentationen und -begründungen nachvollziehbar und für die gerichtliche Kontrolle zugänglich. Wo die gerichtliche Ergebniskontrolle am Fehlen inhaltlicher Maßstäbe scheitert, ermöglichen Dokumentations- und Begründungspflichten es den Verfassungsgerichten so, zumindest die Einhaltung derjenigen prozeduralen Anforderungen überprüfen zu können, die das Fehlen inhaltlicher Kontrollmaßstäbe kompensieren sollen. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten ergänzen Ermittlungs- und Bewertungspflichten schließlich insofern, als sie deren Mission über den Zeitpunkt des Gesetzeserlasses hinaus fortführen. Wo die gesetzgeberische Entscheidung auf Grundlage eines vorläufigen, unvollständigen Wissensbestands getroffen wurde, verpflichten sie die Gesetzgebungsorgane dazu, verbleibende Ungewissheiten im Nachgang des Gesetzesbeschlusses schrittweise auszuräumen und die gesetzgeberische Entscheidung im Lichte veränderter Informationslage ggfs. neu zu bewerten. Und auch wo die materiellen Verfassungsvorgaben auf eine gesetzliche Konkretisierung angewiesen sind und zugleich auf Wirklichkeitsbedingungen verweisen, die fortwährenden Veränderungen unterliegen, kann die Ermittlungs- und Bewertungspflicht des Gesetzgebers nicht mit Gesetzeserlass enden, weil sich an den zu kompensierenden Einschränkungen der Kontrollfunktion der materiellen Verfassungsdirektiven auch nach Inkrafttreten des Gesetzes nichts geändert hat.

Dass der Fokus all dieser Verfahrenspflichten darauf liegt, Einschränkungen der Kontrollfunktion des materiellen Verfassungsrechts auszugleichen, wirkt auf den Anwendungsbereich der an den Gesetzgeber adressierten Verfahrenserwartungen unmittelbar zurück: Die Idee der Kompensation durch Gesetzgebungsverfahren begegnet nur dort, wo die Gesetzgebungsorgane über Entscheidungsspielräume verfügen und die Kontrolldichte der Verfassungsgerichte entsprechend zurückgenommen ist.<sup>1143</sup> Blickt man auf die skizzierten Recht-

---

<sup>1143</sup> Daraus folgt allerdings nicht, dass die ergänzenden Verfahrensanforderungen in diesen Fällen stets lediglich auf die eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte reagierten. Da gesetzgeberische Entscheidungsspielräume stets auch eine gewisse Offenheit der materiell-rechtlichen Vorgaben voraussetzen, kann in Konstellationen eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle gerade auch diese Offenheit des materiellen Verfassungsrechts den Anlass für prozedurale Kompensationen darstellen. Und wie unter anderem die Rechtsprechung zum Finanzausgleich belegt, geschieht dies auch zuweilen, dazu oben § 3 V 1 a) und noch unten § 5 IV 4 b) aa).

sprechungslinien, so erlaubt dies allerdings keinesfalls den Umkehrschluss, das Verfassungsrecht reagiere auf Entscheidungsspielräume stets mit der Prozeduralisierung seiner Anforderungen. Zu punktuell greifen die Verfassungsgerichte bislang auf kompensatorische Verfahrenspflichten zurück, und zu wechselhaft und widersprüchlich ist die verfassungsgerichtliche Judikatur zuweilen selbst in den Bereichen, in denen die Idee der Kompensation durch Verfahren bereits angekommen ist. Und wengleich die hier besprochenen Konstellationen zum Teil einen erheblichen Gleichlauf erkennen lassen, verfolgen sie dennoch kein einheitliches, in allen Aspekten stimmiges Prozeduralisierungskonzept. Weshalb etwa die Bestimmung des SGB II-Regelsatzes Konzeptpflichten unterliegen soll, während die Bestimmung der Besoldungshöhe ohne diese auskommt, erschließt sich angesichts der weitgehend identischen Problematik nicht. Dass der Wahlgesetzgeber lediglich Überprüfungs- nicht aber Beobachtungspflichten unterliegen soll, bleibt unerklärt. Und auch die Beobachtung, dass sich Ermittlungs- und Bewertungspflichten des Gesetzgebers in Fällen gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen regelmäßig als Beobachtungs- und Überprüfungspflichten fortsetzen, die gesetzgeberische Einschätzung der Erforderlichkeit bundeseinheitlicher Regelung nach Art. 72 Abs. 2 GG aber keine Beobachtungspflichten nach sich ziehen soll, weist auf Inkonsistenzen hin.

## VI. Fazit

Offen bleibt nach alledem noch ein Ausblick darauf, inwiefern die Leitfrage, welche verschiedenen Verfahrensbausteine auf welche spezifische Weise zum Ausgleich welcher materiell-rechtlichen Defizite beizutragen beanspruchen, eine verfahrens- und rechtsgebietsübergreifende Antwort erlaubt. Lässt sich aus den bisher gewonnenen Ergebnissen also eine übergreifende Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten, ja eine allgemeine Theorie öffentlich-rechtlicher Prozeduralisierungsformen, gewinnen? Zumindest schemenhafte Konturen einer solchen Systematik scheinen in den vorstehenden Überlegungen auf.

### *1. Welche Verfahrenselemente...*

Erstens greifen Verwaltungs- und Verfassungsrecht zum Ausgleich von strukturellen Schwächen der materiell-rechtlichen Vorgaben auf ein weitgehend gemeinsames Repertoire prozeduraler Anforderungen zurück. Im Verwaltungs- wie im Gesetzgebungsverfahren ruhen die Ausgleichshoffnungen erstens darauf, dass die Entscheidungsmaßstäbe oder -verfahren in Konzepten konkretisiert werden, die entscheidenden Stellen zweitens die relevanten Entscheidungsgrundlagen umfassend und zutreffend ermitteln und bewerten und sie dabei drittens externen Sachverstand und die (betroffene) Öffentlichkeit einbe-

ziehen. Ergänzt wird das viertens um die Erwartung, dass Verwaltung und Gesetzgebung dies alles nachvollziehbar dokumentieren und ihre Entscheidungen durch die Angabe von Gründen erläutern sowie fünftens beobachten, ob die entscheidungstragenden Annahmen sich im Nachgang der Entscheidung als irrig erwiesen oder die ihr zugrunde gelegten Tatsachen verändert haben, um auf Grundlage dessen die getroffene Entscheidung gegebenenfalls erneut zu überprüfen.

## 2. ... gleichen welche Defizite ...

Zweitens zeigen die vorstehenden Überlegungen, dass die (vermeintlichen) Schwächen, die Verwaltungs- und Verfassungsrecht mit dem Einsatz kompensatorischer Verfahrenspflichten auszugleichen suchen, zwar oft, aber keinesfalls immer mit der Unbestimmtheit, Offenheit oder Vagheit, mit mangelnder Präzision oder der geringen Kontrolldichte des materiellen Rechts zu tun haben. Nicht selten werden stattdessen Defizite ausgeglichen, die im konkreten Regelungsgehalt einer Norm begründet liegen, etwa der Tatsache, dass Grundrechtseingriffe ohne Kenntnis der oder des Betroffenen erfolgen oder Beamtinnen und Beamten kein Streikrecht zusteht.<sup>1144</sup> Für die Systematisierung kompensatorischer Verfahrenspflichten legt das nahe, zwischen strukturellen Schwächen und inhaltlichen Defiziten des materiellen Rechts zu unterscheiden.

Ein ausdifferenziertes Bild davon, auf welche genauen Defizite kompensatorische Verfahrenspflichten in all den Fällen reagieren, in denen strukturelle Schwächen Anlass zum Ausgleich geben, zeichnet drittens erst der Blick auf die Funktionen, die inhaltlich bestimmt gefasste Vorgaben des materiellen Rechts erfüllen sollen. So verbindet sich zwar mit allen der genannten Verfahrenspflichten die Hoffnung, sie könnten auszugleichen helfen, dass das materielle Recht seine Funktion als Maßstab gerichtlicher Kontrolle insbesondere dort nur eingeschränkt erfüllt, wo Verwaltung oder Gesetzgebungsorgane über gerichtlich nur schwach kontrollierbare Entscheidungsspielräume verfügen. Doch weiter reicht die Übereinstimmung nicht: Konzeptpflichten wird der Ausgleich für Defizite der Begrenzung-, Orientierungs-, Gleichheits-, Entlastungs- und Legitimationsfunktion des Gesetzes zugetraut; von Ermittlungs- und Bewertungspflichten verspricht man sich einen Kompensationseffekt für Einschränkungen der Begrenzungsfunktion des Rechts; Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung sollen dem Ausgleich von Schwächen der Legitimationsfunktion sowie gelegentlich der Kompensation von Mängeln der Begrenzungs-, Orientierungs- und Entlastungsfunktion des Gesetzes dienen; Dokumentations- und Begründungspflichten wird attestiert, zur Erfüllung der Begrenzungs-, Orientierungs-, Gleichheits- und Legitimationsfunktion beizutragen; und der Zweck

<sup>1144</sup> Siehe zu diesen Beispielen oben § 3 IV 4 a) aa), bb), dd) und § 3 V 3 d) cc).

von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten wird – abgesehen von der Kompensation für Verminderungen der gesetzlichen Kontrollfunktion, die ja von allen genannten Verfahrenspflichten erwartet wird – darin gesehen, dort für einen Ausgleich zu sorgen, wo das materielle Recht die ihm zugedachte Entlastungsfunktion nicht vorbehaltlos erfüllt.

Bei alledem fällt viertens auf, dass der Kreis der materiell-rechtlichen Funktionen, deren mangelhafte Erfüllung prozedurale Anforderungen zu kompensieren bestimmt sind, im Gesetzgebungsverfahren weitaus enger gezogen wird als im Verwaltungsrecht. Ausgleich sollen die an die Gesetzgebungsorgane adressierten Verfahrenspflichten in erster Linie für Schwächen der Kontrollfunktion des materiellen (Verfassungs-)Rechts sowie für Einschränkungen der Begrenzungs- und nur gelegentlich auch der Orientierungsfunktion der inhaltlichen Verfassungsvorgaben leisten. Den Anspruch der besagten Verfahrenspflichten, auch funktionelle Defizite jenseits dessen auszugleichen, stellt das indes nicht grundsätzlich in Frage. Vielmehr ist die insofern beschränktere Reichweite gesetzgeberischer Verfahrenspflichten leicht zu erklären, wenn man die Unterschiede in Erinnerung ruft, die oben im Hinblick auf die Funktionen inhaltlich bestimmter Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts einerseits und des Verfassungsrechts andererseits deutlich geworden sein dürften: Einige Funktionen, die das Verwaltungsrecht durch prozedurale Kompensationsmechanismen abzusichern versucht, sind dem Verfassungsrecht fremd; eine Gleichheitsfunktion etwa erfüllt das Verfassungsrecht nicht. Andere Funktionen erfüllt das Verfassungsrecht schlicht auf andere Weise als das einfache Gesetzesrecht, sodass strukturelle Schwächen, wie die für das Verfassungsrecht unvermeidbare, ja notwendige Offenheit seiner Vorgaben, der Erfüllung dieser Funktionen keinen Abbruch tun; seine Entlastungsfunktion etwa erfüllt das Verfassungsrecht, indem es normative Grundsatzentscheidungen vorgibt, nicht indem es entscheidungsrelevante Wissensbestände detailliert verfügbar macht, und seine Legitimationsfunktion erfüllt das Verfassungsrecht indem es die Gesetzgebung auf grundlegende und daher meist konkretisierungsbedürftige gesellschaftliche Gerechtigkeitsüberzeugungen verpflichtet, nicht indem es – wie es das einfache Gesetzesrecht tut – Einzelentscheidungen möglichst vollständig determiniert. Was sich für das einfache Gesetzesrecht unter Funktionsgesichtspunkten als ausgleichsbedürftiges Defizit darstellt, muss für das Verfassungsrecht daher keinesfalls ebenso zu bewerten sein: Weil das Verfassungsrecht nicht alle Gesetzesfunktionen teilt und seine Funktionserwartungen mit strukturellen Schwächen des Rechts eher kompatibel sind, erstaunt es nicht, dass der Kreis der zu kompensierenden Funktionsdefizite im Verwaltungsrecht größer ist als im Gesetzgebungsverfahren.



### 3. ... auf welche Weise aus?

Insoweit Verwaltungs- und Verfassungsrecht ungeachtet dieser Unterschiede zum Ausgleich der gleichen Funktionsdefizite auf die gleichen kompensatorischen Verfahrenspflichten zurückgreifen, folgen diese fünftens derselben Funktionslogik. Angesichts des Befunds, dass die an die Gesetzgebungsorgane gerichteten prozeduralen Anforderungen in erster Linie darauf zielen, Einschränkungen der Kontrollfunktion materiell-rechtlicher Vorgaben auszugleichen, lässt sich dies insbesondere an der Art und Weise illustrieren, wie die unterschiedlichen Verfahrensbausteine zum Ausgleich dieser Kontrolldefizite beizutragen versuchen. Administrative wie gesetzgeberische Konzepte bemühen sich, der zurückgenommenen Kontrollmaßstäblichkeit der materiell-rechtlichen Vorgaben dadurch zu begegnen, dass sie verbindliche Kriterien oder Verfahren formulieren, die die Entscheidungsfindung gerade dort anleiten, wo die Dichte der gerichtlichen Kontrolle angesichts administrativer oder legislativer Entscheidungsspielräume eingeschränkt ist; Ermittlungs- und Bewertungspflichten zielen darauf, die gewöhnlich dem gerichtlichen Verfahren überlassenen Rechtsschutzeffekte in das Verwaltungs- bzw. Gesetzgebungsverfahren vorzuverlagern, indem sie dazu verpflichten, die rechtserheblichen Umstände und Belange vollständig und zutreffend zu ermitteln und diese bewusst und maßstabsgerecht ins Verhältnis zueinander zu setzen; hierbei soll – gewissermaßen als Sonderform staatlicher Ermittlungspflichten – auch die Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit helfen; Dokumentations- und Begründungspflichten nehmen sich vor, die von Ermittlungs- und Bewertungspflichten intendierten Rechtsschutzeffekte abzusichern, indem sie den Entscheidungsträgern erstens die ermittelten Tatsachen und getroffenen Wertungen (erneut) vor Augen führen und sie so indirekt zur Selbstkontrolle anhalten und indem sie die Entscheidungsbildung zweitens nachvollziehbar festhalten, um auf diese Weise eine Verfahrenskontrolle durch die Gerichte erst zu ermöglichen; Beobachtungs- und Überprüfungspflichten verlängern die bei der Entscheidungsvorbereitung bestehenden Ermittlungs- und Bewertungspflichten schließlich über den Zeitpunkt der Entscheidung hinaus in die Zukunft, um die rechtswahrende Aufarbeitung und Auswertung der maßgeblichen Belange nicht mit der Entscheidung abrechnen zu lassen. Die unterschiedlichen Verfahrenselemente greifen dabei vielfach ergänzend ineinander; sie sind daher nicht als alternative, sondern als komplementäre Ausgleichsmechanismen zu verstehen. Sowohl im Verwaltungs- als auch im Gesetzgebungsverfahren finden sie dementsprechend oftmals nebeneinander Anwendung.

## Kann Verfahren kompensieren? Zur Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten

Die Erwartungen an die Leistungsfähigkeit von Verfahrenspflichten sind demnach hoch. Sie sollen kompensieren, dass das materielle Recht der gerichtlichen Kontrolle zuweilen keinen Maßstab bietet, dass es das Handeln des Staates nur schwach steuert und begrenzt und dass es infolgedessen auch den Bürgern kaum erlaubt, sich an ihm zu orientieren; sie sollen einen gleichheitsgerechten Gesetzesvollzug gewährleisten, wo die materiellen Vorgaben hierfür zu vage sind, sollen die Entlastungsfunktion des materiellen Rechts an dessen Stelle erfüllen und Legitimation vermitteln, wo die materiellen Direktiven das gebotene Legitimationsniveau nicht selbst garantieren. Angesichts dieser Hoffnungen, ja Ansprüche drängt sich die Frage auf: Kann Verfahren all dies leisten?

Die folgenden Überlegungen sollen hierauf Antwort geben. Unter der Leitfrage „Kann Verfahren kompensieren?“ unterziehen sie die Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten einer kritischen Prüfung. Den Maßstab hierfür bildet erneut der Funktionskanon, der bereits die Analyse prozeduraler Ausgleichsansprüche im vorangegangenen Kapitel angeleitet hat. Denn besteht der Kompensationsanspruch prozeduraler Anforderungen darin, dass sie Funktionen übernehmen, die eigentlich dem materiellen Recht zugeordnet sind, von diesem aber nur eingeschränkt erfüllt werden, so ist auch die Kompensationsleistung der fraglichen Verfahrensanforderungen daran zu messen, ob und inwiefern es ihnen gelingt, eben diese Funktionen auszufüllen.

In methodischer Hinsicht löst sich die Untersuchung damit von einer rechtsdogmatischen Betrachtung. Welchen Beitrag bestimmte Verfahrensanforderungen etwa zu Steuerung und Kontrolle, zu Orientierung und Gleichheit leisten können, hängt nicht zuletzt davon ab, wie sie sich auf das Entscheidungsverhalten der Amtsträger und staatlichen Stellen, an die sie sich richten, tatsächlich auswirken. Vor allem in Richtung Verhaltenswissenschaften stößt das die Disziplinengrenzen ein Stück weit auf.<sup>1</sup> Einen Mehrwert verspricht das selbst dort,

---

<sup>1</sup> Vgl. bereits *R. Wahl*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (185): „[E]mpirische Forschung tut auch hier not“; für die Einbeziehung der Nachbarwissenschaften auch *E. Schmidt-Aßmann*, in: HGR II, 2006, § 45 Rn. 45; in diese Richtung ferner *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 270; allgemein und markant für die Einbeziehung der Sozialwissenschaften auch *J. Lüdemann*, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie,

wo verhaltens- und sozialwissenschaftliche Forschung (noch) keine definitiven Antworten bereithalten. Denn die interdisziplinäre Perspektive deckt auf, auf welchen – ungeprüften – empirischen Annahmen die Idee der Kompensation durch Verfahren beruht, und sensibilisiert auf diese Weise für die – zuweilen brüchigen – außerjuristischen Voraussetzungen des Kompensationsgedankens.<sup>2</sup> Dass die bisherige Diskussion all dies weitgehend ausblendet, steht in seltsamem Kontrast zu der Selbstverständlichkeit, mit der Verwaltungs- und Verfassungsrechtswissenschaft auf die Vorstellung prozeduraler Kompensation zurückgreifen.

Obwohl die Frage, welche Funktionen Verfahrenspflichten tatsächlich erfüllen können, damit über die Grenzen juristischer Dogmatik hinausweist, wirken die gewonnenen Antworten unmittelbar auf die dogmatischen Kernfragen zurück, die das Konzept der Kompensation durch Verfahren provoziert. Denn erweist sich das materielle Recht unter rechtlichen Maßstäben gerade deshalb als defizitär, weil es bestimmte, ihm zugedachte Funktionen nicht hinreichend erfüllt, so spricht der Befund, dass die Verfahrenspflichten, die hierfür Ausgleich leisten sollen, eben diese Funktionen tatsächlich erfüllen, zumindest *prima facie* dafür, auch das rechtliche Defizit als behoben anzusehen. Angesichts dessen leisten die folgenden Überlegungen zugleich Vorarbeit für die Klärung der noch ausstehenden dogmatischen Fragen, insbesondere derjenigen nach (den Grenzen) der rechtlichen Zulässigkeit prozeduraler Kompensation.<sup>3</sup> Inhaltlich knüpfen sie dazu unmittelbar an die Ergebnisse des vorangegangenen Kapitels an: Diente dieses unter anderem dazu, auszumachen, welche Verfahrenselemente jeweils welche spezifischen Funktionsdefizite auszugleichen beanspruchen, so beleuchten die folgenden Betrachtungen, inwiefern die unterschiedlichen Verfahrensanforderungen ihren je eigenen Ansprüchen gerecht werden und es ihnen gelingt, die Steuerungs- (dazu I.), Kontroll- (dazu II.) und Begrenzungsfunktion (dazu III.) des materiellen Rechts zu übernehmen und Defizite im Hinblick auf dessen Orientierungs- (dazu IV.) und Gleichheits- (dazu V.), Entlastungs- (dazu VI.) und Legitimationsfunktion (dazu VII.) auszugleichen.

---

2009, S. 119 (125): „Die Verwaltungsrechtswissenschaft verschenkt [...] die Vorteile akademischer Arbeitsteilung, wenn sie den reichen Erfahrungsschatz sozialwissenschaftlicher Forschung geflissentlich ignoriert.“ Ebenso auch A. Steinbach, Der Staat 54 (2015), S. 267 (289). Speziell in Bezug auf die Legitimationsfunktion von Verfahren auch N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 9. Aufl. 2013, S. 79: „Die Erwartung einer Legitimation durch Verfahren sprengt den juristischen Kosmos im Grunde immer.“

<sup>2</sup> Mit ähnlichen Erwägungen E. Schmidt-Aßmann, in: HGR II, 2006, § 45 Rn. 45.

<sup>3</sup> Siehe insbes. unten § 6, insbes. II 4 b), III 4 b), IV 4 b), V 4 b).

## I. Kompensation von Schwächen der Steuerungsfunktion des materiellen Rechts

Blickt man auf die oben untersuchten Rechtsgebiete, so sind Verfahrensanforderungen, die darauf zielen, Steuerungsschwächen des materiellen Rechts zu kompensieren, weit weniger häufig, als manch allgemeine Stellungnahme dies vermuten ließe.<sup>4</sup> Lediglich von Konzeptpflichten (dazu 2.) sowie von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten (dazu 3.) wird in den hier analysierten Referenzbereichen regelmäßig erwartet, sie glichen aus, dass das materielle Recht angesichts seiner inhaltlichen Unschärfe die ihm zugedachte Steuerungsfunktion nur eingeschränkt erfüllt.<sup>5</sup> Ob und wie gut ihnen das gelingt, lässt sich allerdings erst im Lichte der Erwartungen beurteilen, die mit dem Steuerungsbe-  
griff einhergehen (dazu 1.).

### 1. Was heißt Steuerung und wie lässt sie sich messen?

Steuerung, so ist in der verwaltungsrechtlichen Diskussion zu erfahren, bedeutet „Bewirken von Wirkungen“.<sup>6</sup> Sie beschreibt die gezielte „Beeinflussung von Ereignisabläufen“,<sup>7</sup> ja die planvolle Einflussnahme auf ein autonomes Steuerungsobjekt mit der Absicht, dessen Verhalten so zu ändern, dass es zur Verwirklichung eines vorgegebenen Steuerungsziels beiträgt.<sup>8</sup> Für die Frage, ob

<sup>4</sup> Im allgemein gehaltenen Schrifttum wird Verfahrensanforderungen häufig attestiert, Ausgleich dafür zu leisten, dass das materielle Recht angesichts seiner Unbestimmtheit die ihm zugedachte Steuerungsfunktion nicht uneingeschränkt erfüllt, siehe etwa *E. Schmidt-Aßmann*, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 (7): „nachlassende Exaktheit gesetzgeberischer Steuerung“; *T. Shephyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (7); *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 231: „Minus an Steuerung“; ähnlich *R. Wahl*, Art. Verfahren, in: Görres-Lexikon, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (632): „schwache Determinierungskraft“.

<sup>5</sup> Siehe oben § 3 IV 2 f), 7 e).

<sup>6</sup> *W. Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9 (39); *ders.*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 9 (20); ebenso *I. Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (244); die Wirkungsorientierung der steuerungsorientierten Perspektive wird in der verwaltungsrechtlichen Reformdiskussion durchweg betont, siehe etwa *M. Eifert*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (315); *W. Hoffmann-Riem*, AöR 115 (1990), S. 400 (405); *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Rn. 35; *G. F. Schuppert*, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE IV, 2011, § 70 Rn. 59; vgl. auch *G. F. Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 65 (68 ff.); für einen ausführlichen und differenzierenden Überblick zur Steuerungsorientierung der sog. Neuen Verwaltungswissenschaft *J. Kersten*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwRI, 2021, § 25 Rn. 12 ff.

<sup>7</sup> *I. Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (244).

<sup>8</sup> *R. Mayntz*, Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 1 (1987), S. 89 (93 ff.); unter Berufung auf diese u. a. *A. Voßkuhle*, in: ders./Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 20; zu diesem Steuerungskonzept *H. Treiber*, KJ 40 (2007), S. 328 (342 f.); zur

und inwieweit ein bestimmtes (rechtliches) Instrument eine Steuerungsfunktion erfüllt, ergibt sich daraus ein ergebnisorientierter Maßstab: Eine Steuerungsfunktion erfüllt nur, was sich zumindest auf das Entscheidungsverhalten seiner Adressaten tatsächlich auswirkt oder – vermittelt über dieses – gar die Erreichung des verfolgten Steuerungsziels fördert.<sup>9</sup>

Steuerung gewinnt angesichts dieser Wirkungsorientierung eine quantitative Dimension. Denn der Einfluss, den ein Steuerungsinstrument auf das Verhalten seiner Adressaten hat, vor allem aber der Beitrag, den es zur Realisation gesellschaftlicher Zielzustände leistet, kann kleiner oder größer sein. Konzeptionell lässt sich das – ungeachtet der Schwierigkeiten einer exakten Quantifizierung – als Grad der Funktionserfüllung zwar leicht abbilden. Die These, Verfahrenspflichten kompensierten die eingeschränkte Steuerungsfunktion des materiellen Rechts, stellt diese quantitative Dimension allerdings vor ein Maßstabsproblem. Denn setzt (vollständige) Kompensation voraus, dass das eingesetzte Kompensationsmittel eine Leistung erbringt, die dem Umstand, dessen Fehlen das auszugleichende Defizit begründet, nicht nur seiner Art, sondern auch seinem Ausmaß nach gleichwertig ist, so lassen sich Kompensationsbehauptungen weder veri-, noch falsifizieren, solange eine Norm fehlt, an der sich messen ließe, wie groß der Ausgleichsbedarf und wie hoch folglich die quantitativen Anforderungen an die Kompensationsleistung sind.<sup>10</sup> Wieviel Steuerung aber muss das materielle Recht leisten? Und wie effektiv muss das Verfahrensrecht steuern, um entsprechende Defizite auszugleichen? Jenseits (verfassungs-)rechtlicher Anforderungen dürfte ein Maßstab hierfür kaum zu finden sein.<sup>11</sup> An eben diese knüpft die Kompensationsdebatte indes kaum je an, und so bleibt sie (auch sich selbst) eine Antwort darauf schuldig, anhand welchen Maßstabs sie beurteilt, wieviel Steuerung zu wenig und wie wenig Steuerung (noch) ausreichend ist. Genügt es, das Verhalten des Steuerungsobjekts zu beeinflussen oder muss dieses zudem auch die Erreichung des anvisierten Steuerungsziels näherbringen?<sup>12</sup> Und wieviel Einfluss ist notwendig, wieviel Zielförderung erforder-

---

Entwicklung *J. P. Schaefer*, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, 2016, S. 105 ff.; siehe aus den Sozialwissenschaften auch *F. W. Scharpf*, in: Schmidt (Hrsg.), Staatstätigkeit. PVS-Sonderheft 19, 1988, S. 61 (63 ff.): „intentionale Handlungskoordination zur gemeinwohl-orientierten Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse“; zum Konzept politischer Steuerung auch *R. Mayntz*, in: von Beyme/Offe (Hrsg.), Politische Theorien in der Ära der Transformation, 1996, S. 148 (164), die von einer „absichtsvollen ‚staatlichen‘ (öffentlichen, politischen) Einwirkung auf Entscheidungsprozesse“ spricht.

<sup>9</sup> *W. Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9 (39 f.) unterscheidet insofern unterschiedliche Kategorien von Wirkungen, um deren Bewirkung es der steuerungswissenschaftlichen Perspektive geht: Output, Impact und Outcome.

<sup>10</sup> Dazu ausführlich bereits oben § 2 II 2 a).

<sup>11</sup> Zur verfassungsrechtlichen Perspektive hierauf noch die Ausführungen zu Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt unten § 5 IV 1 b) und c).

<sup>12</sup> In der rechtssoziologischen Forschung wird dies unter der Frage verhandelt, woran die

lich? Solange hierüber Unklarheit besteht, fehlt für die Intensität prozeduraler Steuerung, der es zur Kompensation bestehender Defizite bedarf, ein Richtmaß.<sup>13</sup> Die steuerungsbezogene Kompensationsthese entzieht sich damit einer exakten Überprüfung.

## *2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten*

Dass die steuerungsbezogene Kompensationsthese unter der Unklarheit ihrer eigenen Maßstäbe leidet, lässt sich gerade dort gut erkennen, wo Konzeptpflichten für Steuerungsdefizite des materiellen Rechts Ausgleich leisten sollen. Denn teils beschränkt sich der Konzeptpflichten zugeschriebene Steuerungsanspruch auf die schlichte Erwartung, dass Konzeptvorgaben das Entscheidungsverhalten ihrer Adressaten beeinflussen;<sup>14</sup> und teils – nämlich insbesondere dort, wo Konzepte die zur Erreichung gesetzlicher Zielvorgaben einzusetzenden Maßnahmen konkretisieren und aufeinander abstimmen – bezieht er sich darüber hinaus auch darauf, die gesellschaftlichen Gestaltungswirkungen zu erzielen, auf die die gesetzlichen (Ziel-)Vorgaben den Konzeptgeber verpflichten.<sup>15</sup>

Studien, die diese unterschiedlichen Effektivitätsansprüche einer empirischen Kontrolle unterziehen, fehlen bislang. Vorsichtige Rückschlüsse auf die Steuerungswirkungen, die Konzepte auf das Entscheidungsverhalten ihrer Adressaten entfalten, erlauben daher in erster Linie die Befunde der aus rechtssoziologischer und verhaltenswissenschaftlicher Perspektive geführten Debatte über Befolgung, Effektivität und Wirksamkeit des Rechts im Allgemeinen.<sup>16</sup>

---

Wirksamkeit einer Norm zu bemessen ist, siehe dazu *H. Rottleuthner/M. Rottleuthner-Lutter*, in: Wagner (Hrsg.), *Kraft Gesetz*, 2010, S. 13 (21 ff., insbes. 23); *G. Struck*, *Rechtssoziologie*, 2011, S. 165 f.; *R. Zippelius*, *Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie*, 3. Aufl. 2012, S. 103 ff.

<sup>13</sup> Mit der Schwierigkeit, das Ausmaß der Steuerungswirkung exakt zu quantifizieren, ist dieses Problem keinesfalls identisch. Denn selbst wenn eine exakte Quantifizierung leicht gelänge, fehlte es der Kompensationsdiskussion noch immer an einem referenzbildenden Soll-Zustand, im Vergleich zu dem sich die Steuerungsleistung prozeduraler Ausgleichsinstrumente dann als zu gering oder ausreichend erweisen könnte.

<sup>14</sup> So etwa im Kontext der Vergabe öffentlicher Aufträge, wo Konzeptvorgaben weniger gesetzlich vorgegebene Ziele konkretisieren als vielmehr Präferenzen der beschaffenden Stelle transparent machen, siehe dazu oben § 3 IV 2 b) aa).

<sup>15</sup> In diesem Sinne hat das BVerwG etwa die Steuerungsfunktion des zur Konkretisierung des immissionsschutzrechtlichen Vorsorgegebots erforderlichen Konzepts darin gesehen, dass „[e]rst ein derartiges Konzept [...] die angestrebte Minderung der Gesamtemissionen“ garantiert, siehe BVerwGE 69, 37 (45) sowie dazu bereits oben § 3 IV 2 d); deutlich auch *I. Appel*, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, 2005, S. 363, der zur Konkretisierung des Grundsatzes nachhaltiger Entwicklung ein Konzepterfordernis mit der Erwägung begründet: „Sollen mittel- und langfristige Ziele erreicht werden, bedarf es dafür einer strategisch ausgerichteten Vorgehensweise.“

<sup>16</sup> Vgl. etwa *S. Baer*, in: *Festschrift für H. Rottleuthner*, 2011, S. 245; *B.-O. Bryde*, *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, 1993 sowie die Beiträge in *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010; *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, 2019;

Wenngleich hier gerade in jüngerer Zeit häufig betont wird, dass Rechtsbefolgung situationsabhängig ist,<sup>17</sup> haben die einschlägigen Arbeiten doch verschiedene Faktoren identifiziert, die sich positiv darauf auswirken, wie zuverlässig rechtliche Vorgaben eingehalten werden. Betrachtet man diese, so hat die Annahme, dass sich Konzeptpflichten zumindest auf das Entscheidungsverhalten der öffentlichen Stellen, an die sie sich richten, auch tatsächlich auswirken, gute Gründe auf ihrer Seite. So hat sich in der rechtssoziologischen Forschung die Überzeugung Bahn gebrochen, dass der Klarheit und Bestimmtheit von Normen ein vollzugsfördernder Effekt zukommt, weil Rechtsbefolgung Rechtskenntnis und damit Rechtsverständnis voraussetzt.<sup>18</sup> Die Effektivität konzeptgeleiteter Steuerung profitiert insofern davon, dass Konzepte offene Gesetzesvorgaben teils punktgenau konkretisieren, wie dies etwa im Falle umweltrechtlicher Grenzwertfestsetzungen<sup>19</sup> oder polizeilicher Lagebilder<sup>20</sup> geschieht. Aus (rechts-)ökonomischer Perspektive senken derart konkrete Normvorgaben zudem die „Kosten“ der Normanwendung, weil sie die Entscheidungsträger von der Aufgabe entlasten, die entscheidungsrelevanten Aspekte selbst jeweils neu zusammenzutragen und zu gewichten.<sup>21</sup> Die sozialpsychologische und zuletzt auch die neurowissenschaftliche Forschung haben im Anschluss an die viel beachtete Theorie kognitiver Dissonanzen<sup>22</sup> darüber hinaus gezeigt, dass Individuen zu kohärenten Entscheidungen tendieren, weil einmal getroffene Entscheidungen Einfluss auf die persönlichen Präferenzen haben, die wiederum ihrerseits künftige Entscheidungen anleiten.<sup>23</sup> Stellt sich eine be-

---

Hill/Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht II, 2000; Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999; R. Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme – Empirische Forschungsberichte, 1980.

<sup>17</sup> *L. M. Friedman*, Impact, 2016, S. 249 kommt insofern zu dem Ergebnis, dass „everything depends. On time. On place. On situation.“; *D. M. Lucke*, in: Hilbert/Rauber (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, 2019, S. 73 (93 ff.); siehe auch *Y. Feldman*, The Law of Good People, 2018, S. 10; *D. L. Rhode*, Cheating, 2018, S. 1, 4, 15 und öfter.

<sup>18</sup> Vgl. dazu sowie zur Relevanz der Verständlichkeit *V. Aubert*, in: Hirsch/Rehbinder (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, 1967, S. 284 (293 f.); *L. M. Friedman*, Impact, 2016, S. 26 ff., insbes. 32; *U. Krüger*, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 112; *C. Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 487 f.; *M. Rehbinder*, in: ders./Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, 1972, S. 25 (39); *ders.*, Rechtssoziologie, 8. Aufl. 2014, Rn. 129 sowie Rn. 127 (zur Unklarheit der Gesetzesziele als Wirksamkeitshemmnis); ferner *K.-D. Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 194 ff., 203; siehe zum entsprechenden kognitions- und verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnisstand auch *A. Steinbach*, in: Hilbert/Rauber (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, 2019, S. 271 (276 ff., insbes. 277 f., 279).

<sup>19</sup> Dazu oben § 3 IV 2 d).

<sup>20</sup> Auch dazu oben § 3 IV 2 c).

<sup>21</sup> Vgl. zu diesem Gedanken der Senkung von Transaktionskosten durch Recht u. a. *J. Paba*, in: Hilbert/Rauber (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, 2019, S. 43 (67 f., 72); im Kontext des Vertragsrechts auch *K. U. Schmolke*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 317.

<sup>22</sup> *L. Festinger*, A Theory of Cognitive Dissonance, 1957.

<sup>23</sup> Siehe u. a. *D. Ariely/M. I. Norton*, Trends in Cognitive Sciences 12 (2008), S. 13; *G. Cop-*

kannte Entscheidungssituation erneut, erzeugt die in früheren Situationen getroffene Wahl in künftigen Entscheidungssituationen einen unbewussten *bias* zugunsten eben dieser Entscheidungsoption. Dass Entscheidungsträger sich bei der Erfüllung von Konzeptpflichten selbst binden und mit konzeptgebundenen Entscheidungen somit an eine eigene (Vor-)Entscheidung anknüpfen (namentlich an diejenige auf Konzeptebene), mag im Lichte dieser Befunde ebenfalls die Hoffnung stützen, dass sich Konzeptvorgaben auf das Entscheidungsverhalten der Konzeptadressaten auswirken. Einzupreisen ist dabei allerdings, dass das experimentelle Setting der zugrundeliegenden Untersuchungen durchweg Entscheidungssituationen mit geringer Komplexität betraf. Auch dürfte das Entscheidungsverhalten von staatlichen Entscheidungsträgern und Amtswaltern insofern eine Sondersituation darstellen.<sup>24</sup> Deren Verpflichtung auf das öffentliche Interesse wirft insofern die Frage auf, ob das Motiv der Entscheidungskohärenz auch dann noch vergleichbar wirksam ist, wenn die Entscheidung darauf angelegt ist, die eigenen Präferenzen des Entscheidungsträgers möglichst zu neutralisieren.<sup>25</sup> Insofern bleibt eine spezifischere empirische Absicherung wünschenswert.<sup>26</sup> Die Fokussierung auf individuelle psychologische und neu-

---

*pin/S. Delplanque/I. Cayeux/C. Porcherot/D. Sander*, *Psychological Science* 21 (2010), S. 489; *G. Coppin/S. Delplanque/C. Bernard/S. Cekic/C. Porcherot/I. Cayeux/D. Sander*, *Quarterly Journal of Experimental Psychology* 67 (2014), S. 1415; *H. B. Gerard/G. L. White*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 9 (1983), S. 365; *A. N. Hornsby/B. C. Love*, *Cognition* 200 (2020), 104244; *K. Izuma/M. Matsumoto/K. Murayama/K. Samejima/N. Sadato/K. Matsumoto*, *PNAS* 107 (2010), S. 22014; *A. Lopez-Persem/P. Domenech/M. Pessiglione*, *eLife* 5 (2016), e20317; *L. Luettgau/C. Tempelmann/L. F. Kaiser/G. Jocham*, *Nature Communications* 11 (2020), 3318; *T. Sharot/C. M. Velasquez/R. J. Dolan*, *Psychological Science* 21 (2010), S. 1231; *F. Vinckier/L. Rigoux/I. T. Kurniawan/C. Hu/S. Bourgeois-Gironde/J. Daunizeau/M. Pessiglione*, *PLOS Computational Biology* 15 (2019), e1006499; *K. Voigt/C. Murawski/S. Speer/S. Bode*, *The Journal of Neuroscience* 39 (2019), S. 718.

<sup>24</sup> Siehe *S. Egidy*, DVBl. 2022, S. 83 (84f.); vgl. ferner *P. Brest*, in: Shafr (Hrsg.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, 2013, S. 481 (482); nachdrücklich auch *S. Issacharoff*, *Cornell Law Review* 87 (2002), S. 671 (672f.), der vor allem die institutionelle Einbindung der Entscheidung betont.

<sup>25</sup> So ist etwa empirisch belegt, dass das Bewusstsein, ein öffentliches Amt auszuüben, Auswirkungen auf das Entscheidungsverhalten haben kann, siehe *C. Engel/L. Zhurakhovska*, *Journal of Legal Studies* 46 (2017), S. 1; *T. K. Pryor*, *The Psychology of Legal Decision Making*, 2016, Chapter 1.

<sup>26</sup> Empirisch bereits gut belegt ist indes, dass auch Amtsträger, konkret: Richter, einigen der entscheidungsverzerrenden Heuristiken und *biases* unterliegen, mit denen sich vor allem die Verhaltensökonomie beschäftigt, siehe insbes. die umfassenden Untersuchungen von *C. Guthrie/J. J. Rachlinski/A. J. Wistrich*, *Cornell Law Review* 86 (2001), S. 777 und *M. D. Schweitzer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, 2005, S. 64ff.; siehe auch *J. J. Rachlinski/S. L. Johnson/A. J. Wistrich/C. Guthrie*, *Notre Dame Law Review* 84 (2009), S. 1195; zu emotionsbasierter Voreingenommenheit auch *A. J. Wistrich/J. J. Rachlinski/C. Guthrie*, *Texas Law Review* 93 (2015), S. 855; selbstverständlich vorausgesetzt wird die Übertragbarkeit der Entscheidungsheuristiken hingegen bei *A. Steinbeck/A. Lachenmaier*, *NJW* 2014, S. 2086; differenzierend *C. Engel*, in: ders./Strack (Hrsg.), *The Impact of Court Procedure on the Psychology of Judicial Decision Making*, 2007, S. 71 (82f.); skeptisch, allerdings ohne Auseinandersetzung mit der bereits zuvor erschienenen Studie von *Guthrie et al.*, *S. Issacharoff*, *Cornell Law Review* 87



rologische Prozesse beschränkt die Aussagekraft der zitierten Studien schließlich auf Situationen, in denen konzeptgebende Vorentscheidung und konzeptanwendende Folgeentscheidung von derselben Person getroffen werden. Wie oben gezeigt, ist dies indes nicht immer der Fall. Selbst dort, wo sich die Zuständigkeiten decken, ist Personenidentität – man denke etwa an Urlaubs- oder Elternzeitvertretungen, Versetzungen, Beförderungen und Pensionierungen – nicht selbstverständlich. Und inwiefern sich der skizzierte Effekt auch im kumulierten Maßstab echter Kollegialentscheidungen, wie etwa eines parlamentarischen Mehrheitsvotums, noch zeigt, ist bislang offen. Eine verlässlichere Grundlage für die Annahme, dass administrative oder gesetzgeberische Konzepte Entscheidungen auch tatsächlich ähnlich effektiv lenken wie gesetzliche Vorgaben, bildet daher die Erwägung, dass der Pflicht zur Konzeptbildung regelmäßig die Pflicht zur Konzepttreue korrespondiert. Die Umsetzung der Konzeptvorgaben ist damit gerichtlich voll kontrollierbar. Das lässt erwarten, dass die Steuerungsleistung von Konzepten jedenfalls nicht hinter derjenigen anderer Rechtsnormen zurückbleibt.

Demgegenüber dürfte die daran anknüpfende Frage, inwiefern Konzepte, denen es gelingt, das Verhalten ihrer Adressaten wirksam zu steuern, auch zur Verwirklichung gesellschaftlicher Zielzustände beitragen, in dieser Allgemeinheit empirisch nicht zu beantworten sein. Deutlich wird das, wenn man sich vor Augen führt, dass der Wirkungszusammenhang zwischen gesteuertem Verhalten einerseits und der Verwirklichung darüberhinausgehender Steuerungsziele andererseits nicht von verallgemeinerbaren Eigenschaften des Steuerungsinstruments, also der Konzeptform, abhängt. Stattdessen ist für die Erzielung dieser Fernwirkungen die Richtung entscheidend, in die das jeweilige Konzept die von ihm beeinflusste Entscheidung lenkt. Sofern mit der Steuerungsfunktion von Konzepten auf die Erreichung von Steuerungszielen verwiesen wird, die jenseits der Bewirkung eines bestimmten Entscheidungsverhaltens liegen, lässt sie sich folglich nur in Abhängigkeit vom je individuellen Inhalt der Vorgaben eines Konzepts bestimmen. Im Einzelfall mag sich dabei durchaus ein Steuerungseffekt zeigen. Doch die allgemeine Behauptung, Konzepte kompensierten Schwächen der materiell-rechtlichen Steuerungsfunktion gerade auch im Hinblick auf diese Fernwirkungen, geht angesichts der skizzierten Inhaltsabhängigkeit zu weit.

### *3. Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten*

Auch für Beobachtungs- und Überprüfungspflichten dürfte sich die Frage, welche steuerungsbezogenen Kompensationseffekte sie entfalten, nicht einheitlich beantworten lassen. Denn die Art des Ausgleichs, den Beobachtungs- und

---

(2002), S. 671 (672): „While it is possible that institutional actors would simply mirror the heuristic biases of individuals, there are strong reasons to believe that they might not.“

Überprüfungspflichten in Reaktion auf die eingeschränkte Steuerungsfunktion des materiellen Rechts zu erbringen beanspruchen, unterscheidet sich in Abhängigkeit vom Regelungskontext: Wo die Steuerungsschwäche des materiellen Rechts daher rührt, dass es staatliche Entscheidungsträger lediglich final auf die Erreichung eines bestimmten Zielzustands verpflichtet, richten sich Beobachtungs- und Überprüfungspflichten auf die Tauglichkeit der hierfür eingesetzten Mittel, um auf diese Weise zu gewährleisten, dass die vorgegebenen Ziele auch tatsächlich erreicht werden. Sie beruhen damit auf einer anspruchsvollen Vorstellung von Steuerung, die sich nicht darin erschöpft, das staatliche Entscheidungsverhalten zu beeinflussen, sondern darüber hinaus verlangt, dass die beeinflusste Entscheidung zugleich bewirkt, dass ein außerhalb ihrer selbst liegender Zielzustand erreicht wird. Wo das materielle Recht das staatliche Handeln hingegen durch konditional strukturierte, aber offen formulierte Verhaltensvorgaben programmiert, deren tatsächliche Voraussetzungen entweder ungewiss sind oder kontinuierlichen Veränderungen unterliegen, zielen Beobachtungs- und Überprüfungspflichten darauf, die fortgesetzte Richtigkeit der zugrunde gelegten Annahmen und Tatsachen sicherzustellen, um so zu gewährleisten, dass staatliche Entscheidungen auch im Lichte gewandelter Erkenntnisse oder Sachlagen dauerhaft mit den gesetzlichen Vorgaben in Einklang stehen. Da das materielle Recht hier Verhaltens-, statt Ergebnisvorgaben statuiert, beschränkt sich auch der Steuerungsanspruch darauf, das staatliche Verhalten so zu beeinflussen, dass es den gesetzlichen Handlungsvorgaben entspricht, ohne dass dabei von Bedeutung wäre, welche Wirkungen es erzeugt.

Die empirische Frage, die die steuerungsbezogene Kompensationsthese vor diesem Hintergrund aufwirft, lautet demnach: Beeinflusst die Erfüllung von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten das Entscheidungsverhalten staatlicher Stellen in einer Art und Weise, die dazu führt, dass die Zielvorgaben des materiellen Rechts erreicht werden? Und bewegen Beobachtungs- und Überprüfungspflichten die staatlichen Stellen tatsächlich zu Entscheidungen, mit denen die gesetzlichen Erwartungen auch in solchen Wirklichkeitsbereichen dauerhaft eingehalten werden, die sich beständig wandeln oder über die Ungewissheiten bestehen? Empirisch ist beides nicht belegt. Studien zu den spezifischen Wirkungen von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten fehlen bislang, und so lässt der gegenwärtige Forschungsstand auch hier nur eine vorläufige Einschätzung zu, die sich der Steuerungseffektivität vor allem über allgemeinere sozial- und verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse nähert. Die folgenden drei Aspekte sind dabei von besonderem Interesse.

*a) Grundsatz: Entscheidungswirksamkeit von Informationen*

Erstens steht es der Steuerungswirksamkeit von Beobachtungspflichten nicht grundsätzlich entgegen, dass sie staatliche Entscheidungen allein dadurch zu

lenken versuchen, indem sie die Entscheidungsträger dazu verpflichten, ihre Wissensbasis beständig zu erweitern.<sup>27</sup> Vielmehr ist die Annahme, eine im Wege der Beobachtung gewonnene Erkenntnis werde auch Einfluss auf die Entscheidungsbildung haben, im Grundsatz durchaus plausibel. Das legen zumindest Studien nahe, die den Umgang von Richtern mit Informationen untersucht haben, die für die zu treffende Entscheidung irrelevant waren oder aus (prozess-)rechtlichen Gründen sogar außer Acht gelassen werden mussten. Sie zeigen übereinstimmend, dass einmal generierte Informationen selbst dann nicht einfach ausgeblendet werden konnten, wenn die Richter sich der Problematik bewusst waren.<sup>28</sup> Das, so die Autoren, bestätige den in der allgemeinen Psychologie bekannten Befund, „that people in general have great difficulty deliberately disregarding information“.<sup>29</sup> Angesichts dessen liegt es zunächst nahe, dass im Wege der Beobachtung gewonnene Erkenntnisse auch Einfluss auf die Entscheidung haben.

*b) Schwachstelle: Confirmation Bias*

Darüber, ob und welche Ergebnisse die Beobachtung erbringt, ist damit indes nichts gesagt, und auch die Tatsache, dass erhobene Informationen stets der Interpretation und Einordnung bedürfen, wird damit zunächst ausgeblendet. Die psychologische Forschung deutet darauf hin, dass genau hier die Achillesferse der Steuerungseffektivität von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten liegt. Unter der Sammelbezeichnung *confirmation bias* (zu deutsch: Bestätigungsfehler) hat sie zum einen wiederholt gezeigt, dass Menschen sich bei der Überprüfung einmal gebildeter Hypothesen unbewusst auf die Suche solcher Informationen fokussieren, die die zu prüfende Hypothese stützen.<sup>30</sup> Ihr zuwiderlaufende Aspekte finden aufgrund der Selektivität von Teststrategie und Wahrnehmung in Kontrollüberlegungen nur unzureichend Eingang.<sup>31</sup> Gerade

<sup>27</sup> In anderem Kontext kritisch hingegen U. Albert, in: Brüsemeister/Eubel (Hrsg.), Evaluation, Wissen und Nichtwissen, 2008, S. 275 (292): „Wissen bedeutet eben noch nicht Steuerung und Veränderung.“

<sup>28</sup> M. Bergius/E. Ernberg/C. Dahlman/F. Sarwar, Law, Probability and Risk 19 (2020), S. 157; S. Landsman/R. F. Rakos, Behavioral Sciences and the Law 12 (1994), S. 113; A. J. Wistrich/C. Guthrie/J. J. Rachlinski, University of Pennsylvania Law Review 153 (2005), S. 1251.

<sup>29</sup> A. J. Wistrich/C. Guthrie/J. J. Rachlinski, University of Pennsylvania Law Review 153 (2005), S. 1251 (1323); das lässt sich sogar für unrichtige Informationen zeigen, die den Entscheidungsträgern gegenüber richtiggestellt werden, siehe S. Lewandowsky/U. K. H. Ecker/C. M. Seifert/N. Schwarz/J. Cook, Psychological Science in the Public Interest 13 (2012), S. 106 (113 f.) m. w. Nachw. sowie M. A. Cacciatore, PNAS 118 (2021), e1912437117, S. 4.

<sup>30</sup> E. Zamir/D. Teichman, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 59; grundlegend P. C. Wason, Quarterly Journal of Experimental Psychology 12 (1960), S. 129 und ders., Quarterly Journal of Experimental Psychology 20 (1968), S. 279.

<sup>31</sup> R. S. Nickerson, Review of General Psychology 2 (1998), S. 175 (177); A. Koriat/S. Lichtenstein/B. Fischhoff, Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory 6 (1980), S. 107 (117).

dort, wo Beobachtungspflichten nicht genau vorschreiben, wer welche Aspekte mit welchen Methoden zu beobachten hat, bietet sich Raum für derartige Verzerrungswirkungen. Dass etwa die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers bislang klare Vorgaben zu den Modalitäten der Beobachtung vermissen lässt<sup>32</sup> erweist sich insofern als problematisch.

Verstärkt wird der durch die einseitige Informationserhebung erzeugte Bestätigungsfehler zum anderen noch dadurch, dass die gewonnenen Informationen regelmäßig zugunsten der zu überprüfenden Hypothese fehlgedeutet werden<sup>33</sup> und Erkenntnissen, die die Hypothese stützen, unbewusst ein überproportionales Gewicht zugemessen wird.<sup>34</sup> Besonders deutlich sind diese Verzerrungen bei komplexen Wirkungszusammenhängen, deren Überprüfung typischerweise stark von der Interpretation des Datenmaterials abhängt.<sup>35</sup> Die Evaluation komplexer staatlicher Prognoseentscheidungen dürfte für diese Form des *bias* daher besonders anfällig sein.

Bemerkenswerterweise lassen sich beide dieser Effekte auch dann nachweisen, wenn die Entscheidungsträger kein persönliches Interesse daran haben, die zu überprüfende Hypothese als wahr zu erweisen.<sup>36</sup> In der psychologischen Forschung wird der Effekt angesichts dessen auch zur Erklärung des Verhaltens von Amtsträgern in Politik, Verwaltung und Justiz herangezogen.<sup>37</sup> Diese Befunde dämpfen die Hoffnungen auf eine Steuerungseffektivität von Beobach-

<sup>32</sup> Siehe nur *S. Huster*, ZfRSoz 24 (2003), S. 3 (19); *U. Smeddinck*, Integrierte Gesetzesproduktion, 2006, S. 224; vgl. auch *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier/Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 71 (116) der ganz in diesem Sinne moniert, die parlamentarische Verarbeitung angestellter Beobachtungen erfolge „eher zufällig als systematisch“; siehe zu Ansätzen und Möglichkeiten der institutionellen Umsetzung von Beobachtungspflichten etwa *W. Zeh*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, 1988, S. 194 (196 ff., 206 f.), der insofern auch die Gefahr sieht, dass die erforderlichen „Wirkungskontrollen lediglich [...] durch die Ministerien [durchgeführt werden], die das jeweilige Gesetz entworfen haben“ (ebd., S. 206).

<sup>33</sup> *R. S. Nickerson*, Review of General Psychology 2 (1998), S. 175 (181 ff.): “Seeing what one is looking for”.

<sup>34</sup> *R. S. Nickerson*, Review of General Psychology 2 (1998), S. 175 (180 f.).

<sup>35</sup> *R. S. Nickerson*, Review of General Psychology 2 (1998), S. 175 (191 f.).

<sup>36</sup> Sog. *unmotivated confirmation bias*, siehe *R. S. Nickerson*, Review of General Psychology 2 (1998), S. 175 (176, 178 ff.).

<sup>37</sup> Beispielhafter Überblick bei *R. S. Nickerson*, Review of General Psychology 2 (1998), S. 175 (191 f., 193 f.); für einen empirischen Nachweis dafür, dass auch Richter dem Bestätigungsfehler unterliegen, siehe *M. D. Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 190 ff.; in der Rechtswissenschaft wird ebenfalls zunehmend auf ihn verwiesen, so etwa bei *F. Michl*, in: Mülder u. a. (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht, 2018, S. 379 (391 f.) zur selektiven Rezeption europäischer Rechtsprechung; im Kontext der Diskussion über die Reform des Strafprozesses *K. Guthke*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Welche Reform braucht das Strafverfahren?, 2016, S. 153 (157 ff.) und *B. Schünemann*, StV 2000, S. 159, beide m. w. Nachw.; angewendet auf Richter auch bei *T. Arntz*, JR 2017, S. 253 (256); *M. E. Oswald/H. Wyler*, in: Barton u. a. (Hrsg.), „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“, 2018, S. 103 (107 ff., insbes. 109 ff.); *J. J. Vassel*, in: Mülder u. a. (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht, 2018, S. 121

tungs- und Überprüfungspflichten. Sie lassen erwarten, dass sich Entscheidungen, die das Recht ausdrücklich unter Beobachtungs- und Überprüfungsvorbehalt stellt, auch dann noch hartnäckig halten, wenn bei objektiver Betrachtung gute Gründe dafürsprächen, die ihnen zugrundeliegenden Annahmen zu revidieren.

c) *Bestätigung: Default-Effekt vorläufiger (Gesetzes-)Entscheidungen*

Die empirische Forschung zu Auslaufklauseln (sog. *sunset clauses*) im US-amerikanischen Recht bestätigt diese Vermutung. In teleologischer Hinsicht sind sie den hier diskutierten Beobachtungs- und Überprüfungspflichten durchaus verwandt.<sup>38</sup> Beide tragen der Erkenntnis Rechnung, dass sich Gesetzesregelungen, die auf unvollständiger Wissensgrundlage beschlossen oder in Reaktion auf veränderliche Situationen (möglicherweise übereilt) erlassen wurden, in der Zukunft als ungeeignet, unnötig oder unangemessen erweisen können.<sup>39</sup> Und obwohl die mit Auslaufklauseln verbundene Geltungsbefristung die radikalere Absicherung gegen eine untunliche Fortgeltung einmal in Kraft gesetzter Entscheidungen verspricht, erweist sich diese in der politischen Praxis als weitgehend wirkungslos: Befristete Gesetze laufen nur selten aus, meist werden sie wiederholt verlängert oder gar unmittelbar auf Dauer gestellt.<sup>40</sup> Aus verhaltensökonomischer und psychologischer Perspektive wird das darauf zurückgeführt, dass auch vorläufige (Gesetzes-)Entscheidungen einen *default*-Effekt bewirken, der die einmal getroffene Entscheidung als Standard ausweist und Abweichungen rechtfertigungsbedürftig erscheinen lässt.<sup>41</sup> Sie profitieren insofern

---

(130f.); siehe auch *M. Pfundmair*, *Psychologie bei Gericht*, 2020, S. 133; Anwendung auf Behördenmitarbeiter bei *S. Maturana*, *DÖV* 2022, S. 941 (945).

<sup>38</sup> Siehe dazu bereits knapp oben § 3 IV 7 b) sowie *A. Chanos*, *Möglichkeiten und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung*, 1999, S. 37 ff., 54 ff., der auch die Befristung von Gesetzen als „Mittel normativer Steuerung und Selbstkontrolle“ versteht. Dies entspricht der Teleologie der Beobachtungs- und Überprüfungspflichten, siehe dazu oben § 3 IV 7 vor a). Vgl. auch *W. Hoffmann-Riem*, in: *Festschrift für W. Thieme*, 1993, S. 55 (56).

<sup>39</sup> Siehe dazu in Bezug auf befristete Gesetze *J. E. Gersen*, *University of Chicago Law Review* 74 (2007), S. 247 (248, 266 ff.); vgl. auch *J. E. Finn*, *Columbia Journal of Transnational Law* 48 (2010), S. 442 (451 ff.) sowie *C. v. Hesler*, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und ihre Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht*, 2021, S. 72.

<sup>40</sup> *E. Berman*, *Fordham Law Review* 81 (2013), S. 1777; *J. E. Finn*, *Columbia Journal of Transnational Law* 48 (2010), S. 442 (495); *J. E. Gersen*, *University of Chicago Law Review* 74 (2007), S. 247 (281); *H. Schulze-Fielitz*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 139 (160); in diese Richtung deuten auch die Ergebnisse der experimentellen Studie von *M. Motosenok/T. Steiner/L. Netzer/Y. Feldman/R. Sulitzeanu-Kenan*, *Behavioural Public Policy* 2020, S. 1 (8 ff.); siehe aber auch *I. Bar-Siman-Tov*, *Regulation & Governance* 12 (2018), S. 192 (202 f., 208 f.), der diese These für befristete Gesetze in Israel nicht bestätigt.

<sup>41</sup> *E. Zamir/D. Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 2018, S. 404; im Ergebnis ebenfalls skeptisch dazu, ob Befristungen die von ihnen intendierte erneute Prüfung des Gesetzes

von einer meist als *status quo-bias* bezeichneten Verzerrung, nach der Personen dazu neigen, den Ist-Zustand gegenüber Veränderungen übermäßig zu bevorzugen.<sup>42</sup> Für unter Überprüfungs vorbehalt stehende Entscheidungen dürfte sich das kaum anders darstellen, macht deren im Grundsatz unbefristete Geltung eine Revision doch in ungleich größerem Maße begründungsbedürftig.

#### 4. Ergebnis

Verspricht der Versuch, die Steuerungsschwächen des materiellen Rechts durch Verfahrenserfordernisse auszugleichen, demnach Erfolg? Die vorstehenden Überlegungen stimmen aus gleich mehreren Gründen skeptisch. Konzeptpflichten versprechen das Verhalten ihrer Adressaten zwar nicht mehr oder weniger effektiv zu dirigieren, als dies gesetzliche Vorschriften tun. Doch inwiefern sie zur Verwirklichung darüberhinausgehender gesellschaftlicher Steuerungsziele beitragen, hängt allein von ihrem je individuellen Inhalt ab. Und dass Beobachtungs- und Überprüfungs pflichten tatsächlich eine effektive Nachsteuerung gesetzlicher Regelung bewirken, unterliegt im Lichte der empirischen Befunde gewissen Zweifeln. Zudem lässt die steuerungsbezogene Kompensationsthese Kriterien für das gebotene Maß an Verfahrenssteuerung vermissen. Welcher Norm-Zustand durch prozedurale Steuerung (wieder-)hergestellt werden soll, bleibt unklar, und wann der verlangte Ausgleich erreicht ist, folglich völlig ungewiss.

## II. Kompensation von Schwächen der Kontrollfunktion des materiellen Rechts

Der Anspruch, die zuweilen eingeschränkte Kontrollfunktion des materiellen Rechts auszugleichen, bildet über die Grenze von Verwaltungs- und Verfassungsrecht hinaus den gemeinsamen Nenner aller kompensatorischen Verfahrensanforderungen.<sup>43</sup> Ungeachtet der Unterschiede, die sich im Hinblick auf die

---

bewirken, *M. Motsenok/T. Steiner/L. Netzer/Y. Feldman/R. Sulitzeanu-Kenan*, Behavioural Public Policy 2020, S. 1 (12) und *H. Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 139 (160): „Die Befristung begründet tendenziell verfahrensrechtlich formalisierte Wiederbefassungszwänge für den Gesetzgeber, denen er sich mehr oder weniger routiniert zu entledigen weiß.“; ähnlich *ders.*, in: Dreier/Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 71 (116): „Gesetze auf Zeit‘ als Anstoß für Wirkungsanalysen [...] eher ein praktischer Holzweg“; für amerikanische *sunset clauses* ebenso *J. E. Finn*, Columbia Journal of Transnational Law 48 (2010), S. 442 (501): „In most cases, the potential deliberative benefits of sunset clauses are not realized.“

<sup>42</sup> *M. Motsenok/T. Steiner/L. Netzer/Y. Feldman/R. Sulitzeanu-Kenan*, Behavioural Public Policy 2020, S. 1 (6, 11) mit experimenteller Überprüfung.

<sup>43</sup> Siehe bereits oben § 3 VI 2.

Art und Weise dieses Ausgleichs gezeigt haben, zielen sowohl Konzeptpflichten (dazu 2.) als auch Ermittlungs- und Bewertungspflichten (dazu 3.), sowohl die Einbindung der Öffentlichkeit (dazu 4.) als auch Dokumentations- und Begründungspflichten (dazu 5.) und selbst Beobachtungs- und Überprüfungspflichten (dazu 6.) darauf, die rechtsschützende Kontrollfunktion des materiellen Rechts an dessen Stelle zu übernehmen. Ausgehend vom insofern maßstäblichen Konzept der Kontrolle (dazu 1.) sollen die folgenden Überlegungen zeigen, wie gut ihnen dies gelingt.

### 1. Was heißt Kontrolle und (wie) lässt sie sich messen?

#### a) Maßstäbe als Kontrollbedingung

Kontrollieren heißt zunächst vergleichen. Im Kontext des Rechts besteht Kontrolle „in dem Vergleich zwischen Phänomenen der Wirklichkeit und den Sollens-Aussagen der Rechtsordnung“.<sup>44</sup> Das materielle Recht steuert zu diesem Vergleich die Maßstäbe bei.<sup>45</sup> Eben hierin liegt seine Kontrollfunktion begründet.<sup>46</sup> Als wie leistungsfähig sich Verfahrensanforderungen im Hinblick auf diese Kontrollfunktion erweisen, lässt sich angesichts dessen zunächst daran ablesen, wie gut es ihnen gelingt, rechtliche Kontrollmaßstäbe gerade in solchen Bereichen zur Verfügung zu stellen, in denen das materielle Recht keine entsprechenden Vorgaben enthält. Die Dimension des Beitrags, den Verfahrenspflichten zur (Rechts-)Kontrolle leisten, bemisst sich dabei – ungeachtet der Schwierigkeiten, die eine exakte Quantifizierung auch hier bereitet – danach, wie dicht und umfangreich die durch sie etablierten rechtlichen Vorgaben sind.

#### b) Rechtsschutz als Kontrollzweck

Leicht zu erkennen ist freilich, dass es das Konzept rechtlicher Kontrolle verkürzt wiedergäbe, wollte man die Leistungsfähigkeit prozeduraler Anforderungen allein nach Intensität und Umfang der durch sie etablierten Rechtsbindungen beurteilen. Schließlich würden Inhalt und Wirkungen der einschlägigen Verfahrensvorgaben auf diese Weise ausgeblendet und es bliebe unberücksichtigt, dass Kontrolle ihrer juristischen Idee nach zweckgebunden ist: Rechtskontrolle dient der Durchsetzung konkreter Rechte.<sup>47</sup> Was Verfah-

<sup>44</sup> W. Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 72; vgl. auch H. Schulze-Fielitz, in: Dreier/Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 71 (95): „Soll-Ist-Vergleich“; ebenso A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 257.

<sup>45</sup> W. Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 72; K.-U. Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip, 1982, S. 341, 344 und öfter.

<sup>46</sup> Siehe § 3 III 1 und § 3 III 2 e, dort auch zu den weiteren Modi der Kontrollfunktion des (materiellen) Verfassungsrechts.

<sup>47</sup> Vgl. B. Grzeszick, Die Teilung der staatlichen Gewalt, 2013, S. 36.

renspflichten in punkto Kontrolle leisten, ist im Lichte dieser Überlegung folglich auch daran zu messen, inwieweit sie zum Rechtsschutz beitragen.

So trivial das klingt, so schwierig gestaltet es sich gerade in den hier interessierenden Kompensationskonstellationen, diesen Maßstab ins Werk zu setzen. Denn wo prozedurale Anforderungen ausgleichen sollen, dass das materielle Recht keine kontrollfähigen Entscheidungsmaßstäbe bereithält, geht der Verweis auf Rechtsschutzeffekte des Verfahrens ins Leere. Wie sich die Ausgestaltung des Verfahrens auf den Schutz bestimmter Rechte auswirkt, lässt sich schließlich nur dann beurteilen, wenn über den genauen Inhalt der zu schützenden Rechtspositionen Klarheit besteht. Bestünde diese, bedürfte es der Kompensation durch Verfahren indes überhaupt nicht. Mit anderen Worten: Misst man die Leistungsfähigkeit von Verfahrensanforderungen daran, was sie zum Schutz konkreter Rechte beitragen, so lässt sich die Frage, ob sie die Kontroll- und Rechtsschutzdefizite des materiellen Rechts auszugleichen vermögen, folglich immer dann nicht beantworten, wenn das materielle Recht den Inhalt der zu schützenden Rechte nicht abschließend bestimmt, sondern stattdessen Entscheidungsspielräume gewährt, die nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegen.<sup>48</sup> Die These, Verfahrenspflichten leisteten Ausgleich dafür, dass das materielle Recht seine rechtsschützende Kontrollfunktion nicht hinreichend erfüllt, setzte als Maßstab so gerade die normativen Maßgaben voraus, deren Fehlen sie sich auszugleichen bemüht.<sup>49</sup> Angesichts dessen liegt der radikale Schluss nahe, dass es kompensatorischen Rechtsschutz durch Verfahren überhaupt nicht geben kann.

<sup>48</sup> Angesichts dessen bleibt dunkel, was das BVerfG meint, wenn es das Erfordernis prozeduraler Sicherungen im Bereich der Besoldungsgesetzgebung damit begründet, dass „das grundrechtsgleiche Recht auf Gewährung einer amtsangemessenen Alimentation keine quantifizierbaren Vorgaben im Sinne einer exakten Besoldungshöhe liefert“ und sich folglich nur so sicherstellen lasse, dass „die verfassungsrechtliche Gestaltungsrichtlinie des Art. 33 Abs. 5 GG auch tatsächlich eingehalten wird“, siehe BVerfGE 130, 263 (301); 149, 382 (395); 155, 1 (48) (Hervorhebung hinzugefügt). In seiner Hartz IV-Entscheidung scheint das BVerfG dem Problem hingegen dadurch entgegen zu wollen, indem es die postulierten Verfahrensanforderungen daran misst, ob sie dem „Ziel des Grundrechts“ auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums gerecht werden und dem Grundrecht insofern zwar keine quantifizierbaren Gehalte, aber doch eine abstrakte inhaltliche (Ziel-)Vorgabe entnimmt, über deren Gewinnung und Inhalt es sich allerdings in Schweigen hüllt, siehe BVerfGE 125, 175 (226); kritisch dazu auch A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 422.

<sup>49</sup> Vgl. die ähnlich gelagerten Erwägungen bei A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 412 f., 413 ff., der sowohl eine „Richtigkeitsfunktion“ als auch eine „Selbstkontrollfunktion“ prozeduraler Anforderungen an den Gesetzgeber ablehnt, weil diese einen ergebnisbezogenen Maßstab voraussetzen und auf diese Weise den Eigenwert des Verfahrens negieren. – Die verwaltungsrechtliche Verfahrensdiskussion scheint diese Schwierigkeit im Grundsatz treffend erkannt zu haben, sofern sie den Eigenwert prozeduraler Anforderungen darin sieht, eine von (materiellen) Rechtsmaßstäben gerade losgelöste Sachrichtigkeit zu gewährleisten. Doch fehlt auch hierfür ein Maßstab. Siehe dazu P. Hilbert, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (343 ff.).



Gemeinhin wird diese Konsequenz indes nicht gezogen. Wie ein Blick auf die Diskussion über Grundrechtsschutz durch Verfahren zeigt, liegt das daran, dass der Vorstellung prozeduralen Rechtsschutzes ein Rechtsschutzverständnis zugrunde gelegt wird, das nicht auf konkret definierte Rechtsgehalte abstellt, sondern unter funktionalen Gesichtspunkten mehr oder weniger stark von diesen abstrahiert. *Dieter Grimm* hat in diesem Sinne schon früh darauf hingewiesen, dass prozeduraler Grundrechtsschutz bei der „Funktion der Grundrechte ansetzen“ müsse und im Zeichen der „Zielsetzung der Grundrechte“ stehe, namentlich der „Ermöglichung freier und selbstverantworteter Lebensgestaltung jedes Einzelnen“.<sup>50</sup> Von der „substanzielle[n] Freiheit“, die der Grundrechtsschutz im Normalfall gewähre, bleibe in der Konstellation des Grundrechtsschutzes durch Verfahren nur „etwas“ übrig, namentlich die Verpflichtung auf die „Förderung gleicher Freiheit“.<sup>51</sup> Und auch im jüngeren Schrifttum ist diese Abstraktionsstrategie zu finden. So hat namentlich *Arno Wieckhorst* in einer Untersuchung zum Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren dafür plädiert, den rechtsschützenden Gehalt von prozeduralen Sorgfaltsanforderungen darin zu sehen, dass sie – ebenso wie die (gerichtliche) Durchsetzung materieller Grundrechtsvorgaben – individuelle Legitimation vermitteln.<sup>52</sup> Vom Ansatz *Dieter Grimms* unterscheidet sich das in der Sache nicht. Denn statt den Rechtsschutzgedanken an die Durchsetzung konkret definierter materieller Rechtspositionen zu knüpfen, führt auch die verfassungstheoretische Verkoppelung mit dem Konzept individueller Legitimation auf den Zweck der Grundrechte zurück: Die Ermöglichung individueller Selbstbestimmung. Gerade auf diese verweist die Idee individueller Legitimation.<sup>53</sup> Wie auch *Dieter Grimm* mit dem Verweis auf die „Förderung gleicher Freiheit“<sup>54</sup> treffend betont, kann Rechtsschutz angesichts der Vielzahl sich zuweilen widersprechender Selbstbestimmungsanliegen freilich nicht bedeuten, dass sich ein jedes Interesse durchsetzt.<sup>55</sup> Vielmehr entsteht individuelle Legitimation „allein dadurch, dass sich die öffentliche Gewalt des Anliegens in einem eigenen Verfahren annimmt“;<sup>56</sup>

<sup>50</sup> *D. Grimm*, NVwZ 1985, S. 865 (867).

<sup>51</sup> *D. Grimm*, NVwZ 1985, S. 865 (869).

<sup>52</sup> *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 422 ff., insbes. 424 ff.

<sup>53</sup> *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 425 f. spricht von „individueller Legitimation als Forderung der individuellen Selbstbestimmung“; grundlegend *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 27 ff., insbes. 41 ff.; *ders.*, Die drei Gewalten, 2008, S. 75 ff.; auf Gerichte angewendet ferner bei *dems.*, in: Geis/Nullmeier/Daase (Hrsg.), Der Aufstieg der Legitimitätspolitik, 2012, S. 398 (401 ff., insbes. 403); vgl. auch *C. Franzius*, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, 2010, S. 79.

<sup>54</sup> *D. Grimm*, NVwZ 1985, S. 865 (869) (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>55</sup> Vgl. *C. Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 78, 79.

<sup>56</sup> *C. Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 78; ähnlich *ders.*, Gewaltengliederung, 2005, S. 44 f. sowie *ders.*, in: Geis/Nullmeier/Daase (Hrsg.), Der Aufstieg der Legitimitätspolitik, 2012, S. 398 (402), wobei *Möllers* individuelle Legitimation allein dem individualisierten,

sie muss den individuellen Handlungsanspruch zur Kenntnis nehmen, ihn beurteilen und dabei die Umstände verarbeiten, die seiner Verwirklichung entgegenstehen (können).<sup>57</sup>

### c) Ergebnis

Wie gut es Verfahrensanforderungen gelingt, Defizite der Kontrollfunktion des materiellen Rechts auszugleichen, ist vor dem Hintergrund dieser Überlegungen an zwei Gesichtspunkten zu messen: Erstens daran, ob sie kontrollfähige Rechtsmaßstäbe etablieren; und zweitens daran, ob ihre Einhaltung sicherstellt, dass bei der staatlichen Entscheidung in Spielraumkonstellationen individuelle Selbstbestimmungsanliegen Berücksichtigung finden.

## 2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten

Sowohl im Verwaltungs- als auch im Gesetzgebungsverfahren legen Konzeptpflichten den Fokus auf den ersten dieser beiden Kontrollaspekte. Sie versuchen, die eingeschränkte Kontrollfunktion des materiellen Rechts dadurch zu kompensieren, dass sie staatliche Entscheidungsträger dazu verpflichten, sich selbst an ergänzende, konkretisierende – und meist materielle – Entscheidungskriterien zu binden.<sup>58</sup> Da sich die Pflicht zur Konzeptbildung in der Pflicht zur Konzepttreue fortsetzt, erweitern diese Kriterien auch den gerichtlichen Prüfungsmaßstab. Konzeptpflichten verdichten somit den Kontrollzugriff der Justiz. Wichtig zu sehen ist dabei, dass sie dies – anders als andere Verfahrenspflichten – nicht in erster Linie dadurch tun, dass sie es den Gerichten ermöglichen, die Erfüllung der Konzeptpflicht selbst zu kontrollieren, sondern vor allem, indem sie mit den pflichtgemäß erstellten Konzepten ergänzende Maßstäbe für die gerichtliche Kontrolle schaffen. Wie weit dies den gerichtlichen Kontrollzugriff erweitert, hängt freilich vom Inhalt des je individuellen Konzepts ab.

Und auch im Hinblick auf die kontrollbezogene Rechtsschutzdimension lässt sich die Leistungsfähigkeit von Konzeptpflichten nicht allgemein beurteilen. Neben den konkreten Inhalten der erlassenen Konzepte hängt diese vor allem von der unterschiedlichen Ausgestaltung des Verfahrens ab, in dem ein Konzept beschlossen wird. Dass vor allem das Verwaltungsrecht insofern gelegentlich Anhörungserfordernisse (etwa im Immissionsschutzrecht)<sup>59</sup> oder Begründungs-

---

retrospektiven Gerichtsverfahren zuschreibt; gegen diese Verengung *M. Cornils*, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 20 Rn. 44; *B. Grzeszick*, *Die Teilung der staatlichen Gewalt*, 2013, S. 68f.; *A. Wieckhorst*, *Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren*, 2017, S. 426ff.

<sup>57</sup> Vgl. *C. Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 44.

<sup>58</sup> Siehe oben § 3 IV 2 und V 1.

<sup>59</sup> Vgl. § 51 BImSchG und dazu oben § 3 IV 4 c) bb) (1) und § 3 IV 4 d) bb) (1).

pflichten (etwa beim Erlass von Richtlinien des GBA)<sup>60</sup> vorsieht, kann insofern von Bedeutung sein.<sup>61</sup>

### 3. *Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten*

Ermittlungs- und Bewertungspflichten versuchen, die Defizite, an denen das materielle Recht im Hinblick auf seine Kontrollfunktion leidet, dadurch auszugleichen, dass sie die Rechtsschutzeffekte gerichtlicher Kontrolle in das Verfahren der behördlichen oder gesetzgeberischen Entscheidungsbildung vorverlagern. Ihr Kompensationsversprechen basiert auf der Annahme, dass die umfassende Aufarbeitung und Auswertung der maßgeblichen Umstände und Belange die von der Entscheidung betroffenen Rechte ebenso gut schützen, wie dies die gerichtliche Kontrolle könnte, enthielte das materielle Recht hinreichend justiziable Vorgaben. Empirisch lässt sich diese Annahme indes schon deshalb nicht überprüfen, weil der Inhalt der als Vergleichsmaßstab unterstellten materiellrechtlichen Vorgaben völlig unklar ist.<sup>62</sup> Die Schwierigkeit, dass für die Beurteilung des prozeduralen Kompensationsvermögens gerade dort ein inhaltlicher Maßstab fehlt, wo das Verfahren ausgleichen soll, dass das materielle Recht keine Kontrollmaßstäbe bietet, vermag eine bloße Unterstellung nicht zu lösen.

Entsprechend der oben angestellten Erwägungen verlagert sich die Prüfung, inwieweit Ermittlungs- und Bewertungspflichten die eigentlich dem materiellen Recht zugeordnete Kontrollfunktion – gerade auch in deren Rechtsschutzdimension – übernehmen können, damit auf die abstraktere Frage, ob es ihnen gelingt, sicherzustellen, dass die individuellen Selbstbestimmungsanliegen, die auch das materielle Recht schützt, im Entscheidungsverfahren Berücksichtigung finden. Hierzu tragen Ermittlungs- und Bewertungspflichten in gleich mehrfacher Weise bei: Sofern sie die Entscheidungsträger dazu verpflichten, alle für die zu treffende Entscheidung „relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte selbst [zu] ermitteln und gegeneinander ab[zü]wägen“,<sup>63</sup> hilft ihre ordnungsgemäße Erfüllung zum einen dabei, die von der zu treffenden Entscheidung betroffenen rechtlich geschützten Belange zu identifizieren, und stellt zum anderen sicher, dass auch die tatsächlichen Umstände, die für deren Beurteilung relevant sind, in die Entscheidungsfindung eingehen. Hat sich die entscheidungsverantwortliche Stelle diese Faktoren aber einmal erarbeitet, vor Augen geführt und gewichtet, so spricht im Lichte der oben bereits angeführten psychologischen Befunde nichts dafür, dass sie bei der Entscheidungsfindung

<sup>60</sup> Dazu § 3 IV 5 d.

<sup>61</sup> Siehe zu Bedeutung derartiger Verfahrensanforderungen für die Kontrollfunktion so gleich § 4 II 4 und 5.

<sup>62</sup> Siehe allgemein zu dieser Schwierigkeit bereits soeben § 4 II 1 b.

<sup>63</sup> So etwa BVerfGE 120, 82 (113); 129, 300 (322); 135, 259 (289).

außer Acht bleiben.<sup>64</sup> Vielmehr dürfte auch insofern gelten, dass „people in general have great difficulty deliberately disregarding information“.<sup>65</sup> Empirische Untersuchungen zur Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes belegen zudem, dass Informationen über die Tatsachengrundlagen eines zu entscheidenden Falles gerade bei Abwägungsentscheidungen von Juristinnen und Juristen durchaus verarbeitet werden und sich infolgedessen auch auf das Entscheidungsergebnis auswirken.<sup>66</sup> Interessanterweise zeigten sich die Probandinnen und Probanden dabei vor allem dann für Unterschiede der zu beurteilenden Ausgangssituation empfänglich, wenn sie angehalten wurden, auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu beurteilen,<sup>67</sup> sie die betroffenen Rechte und verfolgten Ziele also im Verhältnis zueinander gewichten und bewerten mussten. Die Kombination von Ermittlungs- und Bewertungspflichten erscheint angesichts dessen insofern vorteilhaft, als die Studienergebnisse darauf hindeuten, dass gerade die Pflicht, die ermittelten Belange und Aspekte auch zu bewerten, deren Einbeziehung in die Entscheidungsfindung – wenngleich nur leicht – begünstigt. Dass die Einhaltung der Ermittlungs- und Bewertungspflichten ihrerseits der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, sichert das zusätzlich ab. Erkennt man den auch prozedural zu gewährleistenden Kern von Rechtsschutz darin, dass staatliche Entscheidungsträger die von ihren Entscheidungen betroffenen individuellen Selbstbestimmungsanliegen verarbeiten, so leisten folglich auch Ermittlungs- und Bewertungspflichten einen Beitrag hierzu.

#### 4. *Kompensationseffekte von Pflichten der Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit*

Auf Beteiligungsvorgaben, die den Betroffenen oder gar der allgemeinen Öffentlichkeit im Vorfeld einer Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme geben, lassen sich diese Überlegungen unmittelbar übertragen. Ebenso wie Ermittlungs- und Bewertungspflichten bemühen auch sie sich, die rechtsschützende Kontrollfunktion des materiellen Rechts zu ersetzen, indem sie die von einer Entscheidung berührten Interessen in die staatliche Willensbildung integrieren.<sup>68</sup> Dass ihnen das grundsätzlich gelingen kann, dürfte angesichts der Tatsa-

---

<sup>64</sup> Siehe oben § 4 I 3 a).

<sup>65</sup> A. J. Wistrich/C. Guthrie/J. J. Rachlinski, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005), S. 1251 (1323); das lässt sich sogar für unrichtige Informationen zeigen, die den Entscheidungsträgern gegenüber richtiggestellt werden, siehe S. Lewandowsky/U. K. H. Ecker/C. M. Seifert/N. Schwarz/J. Cook, *Psychological Science in the Public Interest* 13 (2012), S. 106 (113 f.) m. w. Nachw. sowie M. A. Cacciatore, *PNAS* 118 (2021), e1912437117, S. 4.

<sup>66</sup> R. Sulitzeanu-Kenan/M. Kremnitzer/S. Alon, *Law & Society Review* 50 (2016), S. 348 (366 ff.).

<sup>67</sup> R. Sulitzeanu-Kenan/M. Kremnitzer/S. Alon, *Law & Society Review* 50 (2016), S. 348 (374 f.).

<sup>68</sup> Vor allem in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung werden sie daher regelmäßig

che, dass die Betroffenen über die tangierten Anliegen selbst am authentischsten Auskunft geben können, keinem vernünftigen Zweifel unterliegen.<sup>69</sup> Ob es ihnen tatsächlich gelingt, darauf hat die konkrete Ausgestaltung allerdings erheblichen Einfluss. Die planungsrechtliche Diskussion hat insofern vor allem drei Faktoren identifiziert, die verhindern (können), dass die Beteiligungsverfahren die berührten Interessen und Belange effektiv in die Entscheidungsbildung einfließen:

Erstens können Beteiligungsverfahren die von ihnen erhoffte Integrationsleistung nur dann erbringen, wenn den zur Stellungnahme Berechtigten bekannt ist, dass ihnen eine Beteiligungsmöglichkeit offensteht. Nicht selten fehlt es daran. In einer repräsentativen Umfrage, die die Universität Leipzig im Jahr 2013 zur Bürgerbeteiligung bei Infrastrukturprojekten veröffentlicht hat, gaben 30 % der befragten Privatpersonen an, die bestehenden Einflussmöglichkeiten nicht zu kennen.<sup>70</sup> Und auch fast vier Fünftel der befragten Kommunen und Unternehmen bestätigten, dass ihrer Wahrnehmung nach „Bürger in der Mehrheit wenig Notiz von den bestehenden Beteiligungsverfahren nehmen“.<sup>71</sup>

Zweitens ist schon seit langem bekannt, dass auch der Zeitpunkt der Beteiligung für die Gewinnung und Einbeziehung individueller Selbstbestimmungsanliegen von Bedeutung ist.<sup>72</sup> Weil sich den Betroffenen in mehrstufigen Verfahren die Relevanz früher Planungsstufen oftmals nicht erschließt und die möglichen Betroffenheiten schwer zu erkennen sind, wird von Beteiligungsoptionen in diesem Stadium aus Unkenntnis kaum Gebrauch gemacht.<sup>73</sup> Im ab-

---

als besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht staatlicher Entscheidungsträger verstanden, die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen einer Entscheidung vollständig und zutreffend zu ermitteln; siehe etwa BVerfGE 50, 195 (202); BVerfStGH, NJW 1975, S. 1205 (1213 f.); NWVerfGH, DVBl. 1976, S. 391 (391 f.); RhPfVerfGH, DVBl. 1969, S. 799 (807 f.); SachsAnhVerfG, LKV 1995, S. 75 (77); vgl. auch *G. Gaentzsch*, in: Festschrift für D. Sellner, 2010, S. 219 (221).

<sup>69</sup> Optimistisch auch *O. Renn*, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, 2012, S. 129 (157). Die grundsätzliche Eignung wird auch nicht durch die leidvolle Erfahrung in Frage gestellt, dass sich in einigen Verfahren der überwiegende Teil der vorgetragenen Aspekte als rechtlich irrelevant erweist, siehe dazu eindrücklich *G. Gaentzsch*, in: Festschrift für D. Sellner, 2010, S. 219 (233 ff.). Kritisch zur Wirksamkeit von Beteiligungsverfahren im Hinblick auf ökologische Ziele aber *J. Newig/O. Fritsch*, in: Bode/Evers/Klein (Hrsg.), Bürgergesellschaft als Projekt, 2009, S. 214 (221 ff., insbes. 228, 233); aufgegriffen bei *M. Böhm*, NuR 2011, S. 614 (615).

<sup>70</sup> *R. Albrecht/A. Grüttner/T. Lenk/O. Lück/O. Rottmann*, Optionen moderner Bürgerbeteiligung bei Infrastrukturprojekten, 2013, S. 35.

<sup>71</sup> *R. Albrecht/A. Grüttner/T. Lenk/O. Lück/O. Rottmann*, Optionen moderner Bürgerbeteiligung bei Infrastrukturprojekten, 2013, S. 36.

<sup>72</sup> Vgl. *R. Wulfhorst*, DÖV 2011, S. 581 (588): „schwierigste Frage der Bürgerbeteiligung und gleichzeitig ihr entscheidender Erfolgsgarant“.

<sup>73</sup> *R. Albrecht/A. Grüttner/T. Lenk/O. Lück/O. Rottmann*, Optionen moderner Bürgerbeteiligung bei Infrastrukturprojekten, 2013, S. 10, 60; *K.-P. Dolde*, NVwZ 2013, S. 769 (771); *E. Gurlit*, JZ 2012, S. 833 (836); *A. Roßnagel/B. Birzle-Harder/C. Ewen/K. Götz/A. Hentschel*

schließenden Genehmigungs- oder Planfeststellungsverfahren hingegen erfolgt die Beteiligung regelmäßig erst, nachdem der Vorhabenträger bereits unter großem Vorbereitungsaufwand und in enger Abstimmung mit der Genehmigungs- oder Planfeststellungsbehörde einen auslegungsfähigen Entwurf erstellt hat.<sup>74</sup> Die jeweiligen Positionen seien, so wird aus praktischer Erfahrung berichtet, aufgrund dessen „regelmäßig so festgefahren [...], dass es nur noch marginale Bewegungsspielräume gibt“<sup>75</sup> und die Bereitschaft, Änderungen vorzunehmen, ausgesprochen gering ist.<sup>76</sup> Auch die psychologische Forschung zum oben bereits thematisierten *confirmation bias* stützt diesen anekdotischen Befund. Sie zeigt, dass Entscheidungsträger unter anderem deshalb unbewusst dazu tendieren, einmal gebildete Hypothesen im Verlauf der weiteren Prüfung eher zu bestätigen als zu verwerfen, weil sie Erkenntnissen, die die Hypothese stützen, unbewusst ein überproportionales Gewicht zumessen.<sup>77</sup> Mit dem im Wege der Öffentlichkeitsbeteiligung gewissermaßen zu überprüfenden Entwurf dürfte insofern bereits ein gewichtiger Entscheidungsanker gesetzt sein. Zwar steht diese Annahme in gewisser Spannung zu Studien, die für gerichtliche Verfahren nachgewiesen haben, dass Beweise dann einen größeren Einfluss auf die Entscheidung haben, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt in das Verfahren eingeführt werden.<sup>78</sup> Doch ob sich dieser sog. *recency effect* (zu deutsch: Rezenzeffekt) auch in behördlichen oder gesetzgeberischen Verfahren zeigt, ist unklar. Die bisherige Forschung deutet eher auf das Gegenteil hin. So tendieren Ent-

---

*M.-A. Horelt/A. Hugel/I. Stieß*, Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft, 2016, S. 21 ff.; *A. Roßnagel/C. Ewen/K. Götz/T. Hefter/A. Hentschel/A. Hugel/C. Schönfelder*, ZNER 2014, S. 329 (332); in der Sache auch *R. Wulfhorst*, DÖV 2011, S. 581 (582): „Viele Bürger werden erst dann aktiv, wenn ‚die Bagger rollen‘“; siehe auch *I. Appel*, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, 2012, S. 69 (112); *G. Erler/U. Arndt*, VBlBW 2014, S. 81 (83); kritisch aber *W. Durner*, ZUR 2011, S. 354 (358).

<sup>74</sup> Kritik an diesem späten Zeitpunkt etwa bei *I. Appel*, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, 2012, S. 69 (102); *S. Hafner*, NuR 2012, S. 315 (319); *O. Renn*, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, 2012, S. 129 (146); *A. Schink*, DVBl. 2011, S. 1377 (1383).

<sup>75</sup> *K.-P. Dolde*, NVwZ 2013, S. 769 (772); ebenso *G. Gaentzsch*, in: Festschrift für D. Sellner, 2010, S. 219 (221).

<sup>76</sup> *A. Schink*, ZG 26 (2011), S. 226 (237f.); *R. Steinberg*, DÖV 1982, S. 619 (626); entsprechende Befürchtungen auch bei *S. Hafner*, NuR 2012, S. 315 (318); vgl. ferner *A. Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, S. 193; *R. Steinberg*, ZUR 2011, S. 340 (344).

<sup>77</sup> *R. S. Nickerson*, Review of General Psychology 2 (1998), S. 175 (180f.).

<sup>78</sup> Siehe *S. D. Charman/J. Carbone/S. Kekessie/D. K. Villalba*, Applied Cognitive Psychology 30 (2016), S. 214; *A. Furnham*, Journal of General Psychology 113 (1986), S. 351; *J. H. Kerstholt/J. L. Jackson*, Applied Cognitive Psychology 12 (1998), S. 445; siehe aber auch *D. C. Pennington*, Journal of Applied Social Psychology 12 (1982), S. 318 und *P. E. Tetlock*, Social Psychology Quarterly 46 (1983), S. 285 (288), die zum gegenteiligen Ergebnis kommen und einen *primacy effect* nachweisen; zusammenfassend *E. Zamir/D. Teichman*, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 533.

scheidungsverfahren erstens dann dazu, den Einfluss früher eingebrachter Informationen zulasten später hinzutretenden Eingaben zu erhöhen, wenn eine große Zahl hintereinander präsentierter Informationen verarbeitet werden muss.<sup>79</sup> Zweitens ist dieser sog. *primacy effect* (zu deutsch: Primäreffekt) auch dann zu beobachten, wenn Entscheidungsträger Informationen nicht schrittweise verarbeiten, indem sie nach jeder Information ihre vorläufige Entscheidung erneut anpassen, sondern stattdessen erst nach Sammlung aller Informationen eine einheitliche abschließende Entscheidung treffen.<sup>80</sup> Vor allem die oft langwierigen behördlichen Entscheidungsverfahren in komplexen Regelungsbereichen wie dem Planungs- oder Telekommunikationsregulierungsrecht erfüllen beide dieser Kriterien. Gegen die in anspruchsvollen Genehmigungsverfahren mit den Entwurfsunterlagen vorgelegten Informationen dürften die im Rahmen der späteren Öffentlichkeitsbeteiligung eingebrachten Belange daher auch aus psychologischer Sicht nur schwer ankommen.<sup>81</sup>

Drittens schließlich deuten die im Verwaltungsrecht gewonnenen Erfahrungen darauf hin, dass Öffentlichkeitsbeteiligung und Betroffenenanhörung ihre Funktion, ein umfassendes Bild der berührten Belange zu ermöglichen, nur dann wirksam erfüllen, wenn sie faktische Zugangshürden beseitigen.<sup>82</sup> Die fachliche Komplexität und der meist erhebliche Umfang der einzusehenden Unterlagen zählen hierzu ebenso wie die Dauer von Präklusionsfristen oder die Allgemeinverständlichkeit der Behördensprache.<sup>83</sup> Sie drohen den Beteiligtenkreis ungewollt auf Personen mit höherem Bildungsniveau, fachlichen Vorkenntnissen, ausgeprägtem Sprachvermögen oder den ökonomischen Ressourcen für eine fachkundige Vertretung zu beschränken und die Repräsentation der verarbeiteten Belange damit erheblich zu verzerren.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> R. M. Hogarth/H. J. Einhorn, *Cognitive Psychology* 24 (1992), S. 1 (18) mit Nachweisen.

<sup>80</sup> R. M. Hogarth/H. J. Einhorn, *Cognitive Psychology* 24 (1992), S. 1 (16, 18) mit Nachweisen.

<sup>81</sup> Siehe aber noch unten zur insofern gegensteuernden Wirkung von Begründungspflichten § 4 II 5 b) bb) (1).

<sup>82</sup> Insofern kritisch etwa A. Roßnagel/B. Birzle-Harder/C. Ewen/K. Götz/A. Hentschel/M.-A. Horelt/A. Hugel/I. Stieß, *Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft*, 2016, S. 17f.; R. Wulfhorst, *DÖV* 2011, S. 581 (582).

<sup>83</sup> Siehe je zu einzelnen dieser Aspekte I. Appel, in: *Festschrift für T. Würtenberger*, 2013, S. 341 (347); G. Gaentzsch, in: *Festschrift für D. Sellner*, 2010, S. 219 (223); E. Gurlit, *JZ* 2012, S. 833 (837); E. Hofmann, *JZ* 2012, S. 701 (703, 705).

<sup>84</sup> Vgl. etwa E. Hien, *UPR* 2012, S. 128 (131f.); E. Hofmann, *JZ* 2012, S. 701 (703); M. Neuncker, *Partizipation trifft Repräsentation*, 2016, S. 53f.; ferner G. Erler/U. Arndt, *VBIBW* 2014, S. 81 (81): „von Bürgerbeteiligung klassischerweise nicht erreichte Gruppen (jung, bildungsfern, weiblich)“; in diese Richtung auch A. Roßnagel/B. Birzle-Harder/C. Ewen/K. Götz/A. Hentschel/M.-A. Horelt/A. Hugel/I. Stieß, *Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft*, 2016, S. 28; zu umweltrechtlichen Beteiligungsverfahren entsprechend M. Lee/C. Abbot, *The Modern Law Review* 66 (2003), S. 80 (108).

An empirisch belastbaren Ergebnissen, die über diese eher allgemeinen Erwägungen hinausgingen, fehlt es bislang weitgehend.<sup>85</sup> Vor allem die politikwissenschaftliche Forschung fragt zwar zuweilen nach Wirkungen der Öffentlichkeitsbeteiligung, doch konzentriert sie sich dabei nur sehr vereinzelt darauf, ob die im Rahmen der Bürgerbeteiligung vorgebrachten Einwände, Ideen und Gemeinwohlerwägungen auch tatsächlich in die Entscheidung Eingang finden.<sup>86</sup> Zu den wenigen Ausnahmen zählen die Untersuchungen von *Thomas C. Beierle* und Kollegen. Für einen Teilbereich der US-amerikanischen und kanadischen Umweltplanung haben sie nachgewiesen, dass die dort eingesetzten *advisory committees*, über die Vertreter unterschiedlicher gesellschaftlicher Interessengruppen mit beratender Stimme in das Verwaltungsverfahren einbezogen werden, in einem großen Teil der analysierten Fälle erfolgreich auf die abschließende Entscheidung Einfluss nehmen konnten.<sup>87</sup> Angesichts der Zusammensetzung und der konsultativen Rolle dieser *advisory committees* mögen diese Ergebnisse am ehesten noch für die in mancher Hinsicht vergleichbare Anhörung der beteiligten Kreise u. a. in § 51 BImSchG Rückschlüsse erlauben. Doch ist selbst insofern Vorsicht geboten: Nicht nur ist die Anzahl der von *Beierle* durchgeführten Fallstudien gering (untersucht wurden 43 Fälle), auch räumt er ein, dass die konkrete Einbindung der *committees* – trotz der durchweg nur beratenden Funktion – innerhalb dieser Fälle teils erhebliche Unterschiede aufwies.<sup>88</sup> Und schließlich zeigen schon die obigen Erwägungen, dass auch kleine Unterschiede – etwa im Hinblick auf den Zeitpunkt der Beteiligung – die Übertragbarkeit der Befunde beeinträchtigen können. Interessanter erscheint angesichts dessen, dass *Beierle* in einer größer angelegten Studie mit insgesamt 239 Fallstudien einen allgemeinen – wenngleich wenig überraschenden – Wirkungszusammenhang zwischen Öffentlichkeitsbeteiligung und Entscheidungsergebnis belegen konnte: Die im Beteiligungsverfahren vorgebrachten Erwägungen und Belange schlagen sich desto eher im Ergebnis der abschließenden Entscheidung nieder, je mehr Entscheidungsmacht den beteiligten Bürgern zukommt.

<sup>85</sup> Im politikwissenschaftlichen Schrifttum wird das Fehlen entsprechender Untersuchungen bereits seit längerem bemängelt, ohne dass sich daran auch zuletzt viel geändert hätte (vgl. etwa *M. Neunecker*, Partizipation trifft Repräsentation, 2016, S. 51 und öfter: „Mangelware“).

<sup>86</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Wirkungsverständnissen *M. Neunecker*, Partizipation trifft Repräsentation, 2016, S. 54 ff.

<sup>87</sup> *T. C. Beierle/D. M. Konisky*, Environment and Planning C: Government and Policy 19 (2001), S. 515 (520: „Participants [...] were quite successful in having their values incorporated into decisionmaking. [...] [W]e found that participants successfully shaped the process and final decisions to reflect their values.“ Ebenso *T. C. Beierle/J. Cayford*, Democracy in Practice, 2002, S. 23. Für die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in Baden-Württemberg kommen *S. I. Keil/I. Hamann/F. Bickmann/L. Scharpf/K. Bühren/J. Ziekow*, Bürgerbeteiligung und Verwaltungspraxis, 2022, S. 384, 396 f. zu dem Ergebnis, dass die Bürgerbeteiligung regelmäßig zumindest zur Prüfung alternativer Planungsvarianten führt.

<sup>88</sup> *T. C. Beierle/D. M. Konisky*, Environment and Planning C: Government and Policy 19 (2001), S. 515 (516).



Verfahren, die darauf angelegt sind, eine Einigung zwischen Bürgern und Verwaltung herbeizuführen, sind schwächeren Beteiligungsformen, wie bloßen Anhörungsverfahren, insofern überlegen.<sup>89</sup> In den oben untersuchten Gebieten überwiegen indes letztere.

Fasst man all das zusammen, so mögen Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung zwar im Grundsatz in besonderer Weise dazu geeignet sein, entscheidungsrelevante individuelle Belange in das Verfahren einzuführen. Inwiefern sie diese rechtsschützende Kontrollfunktion im Einzelnen erfüllen, hängt indes zu einem großen Teil von ihrer individuellen Ausgestaltung ab. Allgemeine Aussagen fallen angesichts der insofern bestehenden Unterschiede schwer. Ohne weitere empirische Untersuchungen, gerade auch zu spezifischen Beteiligungsformen, lässt sich die Leistungsfähigkeit der unterschiedlichen Partizipationsformate daher derzeit noch nicht verlässlich bewerten.

### 5. Kompensationseffekte von Dokumentations- und Begründungspflichten

Für Dokumentations- und Begründungspflichten bedarf es einer solchen Differenzierung hingegen nicht. Sie halten ihr Versprechen, zum Ausgleich der Rechtsschutz- und Kontrolldefizite des materiellen Rechts beizutragen, und sie tun dies auf gleich doppelte Weise.

#### a) Ermöglichung gerichtlicher Kontrolle

Erstens machen sie eine gerichtliche Kontrolle überall dort erst möglich, wo die Gerichte ihr Prüfprogramm angesichts materiell-rechtlicher Entscheidungsspielräume auf eine nachvollziehende prozedurale Entscheidungskontrolle umstellen.<sup>90</sup> Sofern sich diese dafür interessiert, ob die maßgeblichen Verfahrensbestimmungen eingehalten und alle relevanten Tatsachen zutreffend und vollständig ermittelt sowie unter Beachtung anerkannter Bewertungsmaßstäbe zutreffend gewichtet wurden, verfügt sie zwar über eigene Kontrollmaßstäbe. Doch setzt deren Anwendung voraus, dass das Gericht Einblick in den Vorgang

<sup>89</sup> T. C. Beierle, *The Quality of Stakeholder-Based Decisions: Lessons from the Case Study Record*, 2000, S. 20; ähnlich die Ergebnisse der Untersuchung zur Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltbereich in Baden-Württemberg S. I. Keil/I. Hamann/F. Bickmann/L. Scharpf/K. Bühren/J. Ziekow, *Bürgerbeteiligung und Verwaltungspraxis*, 2022, S. 384: Es „wurde deutlich, dass insbesondere durch aktiv beteiligende Formate Einfluss auf die Planungen des Vorhabens ausgeübt werden konnte“; siehe auch M. Neunecker, *Partizipation trifft Repräsentation*, 2016, S. 58 ff., deren Analyse des Forschungsstands ergibt, dass rein konsultative Beteiligungsformen – allerdings im Kontext eher politischer als administrativer Entscheidungsverfahren – überwiegend keine oder lediglich diffuse Auswirkungen auf den Inhalt der verfahrensabschließenden Entscheidung haben. Selbst für deliberative Beteiligungsverfahren eher zurückhaltend G. Barrett/M. Wyman/V. S. P. Coelho, in: Nabatchi u. a. (Hrsg.), *Democracy in Motion*, 2012, S. 181.

<sup>90</sup> Siehe dazu bereits oben § 3 IV 5 vor a) und § 3 V 4 vor a).

der Entscheidungsbildung erhält. Im gerichtlichen Streitverfahren lässt sich dieser oftmals nur schwer reproduzieren. Daher gilt: Nicht dokumentierte Ermittlungsmaßnahmen und -ergebnisse können nicht auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit überprüft, nicht mitgeteilte oder aufgezeichnete Bewertungsmaßstäbe nicht auf ihre Anerkennung und Anwendung befragt werden. Vor diesem Hintergrund sichern Dokumentations- und Begründungspflichten ab, dass die prozeduralen Kontrollmaßstäbe, auf die die Gerichte in Konstellationen materieller Spielräume ausweichen, auch in ihrer Anwendung nicht leerlaufen.<sup>91</sup> Um dies zu erreichen, genügt es, dass die entscheidende staatliche Stelle die Dokumentations- und Begründungsanforderungen erfüllt. Wie sich deren Erfüllung auf Bildung und Inhalt der Entscheidung auswirkt, ist für ihre Leistungsfähigkeit insofern irrelevant.

*b) Vorverlagerung kontrolltypischer Rechtsschutzeffekte*

Obwohl Dokumentations- und Begründungspflichten demnach gerade auch eine gerichtliche Kontrolle ermöglichen, versprechen sie die Kontrollfunktion des materiellen Rechts zugleich dadurch zu übernehmen, dass sie die Rechtsschutzeffekte, für die gewöhnlich die materiell angeleitete gerichtliche Kontrolle verantwortlich zeichnet, in das behördliche oder legislative Entscheidungsverfahren vorverlagern. In dem Bemühen, auch dieser Rechtsschutzdimension von Kontrolle Rechnung zu tragen, zwingen Dokumentations- und Begründungspflichten die staatlichen Entscheidungsträger dazu, sich die ermittelten Tatsachen präsent zu halten und die vorgenommenen Gewichtungen explizit zu machen.<sup>92</sup> Sie institutionalisieren damit eine Selbstkontrolle, die eine vollständige und angemessene Berücksichtigung aller maßgeblichen Belange sicherstellen und auf diese Weise dazu beitragen soll, dass die staatlichen Entscheidungsträger die individuellen Selbstbestimmungsanliegen, die von einer Entscheidung berührt werden, tatsächlich einbeziehen und bewusst verarbeiten. Wie gut ihnen dies gelingt, ist freilich eine empirische Frage. Für behördliche oder gar gesetzgeberische Entscheidungen ist sie bislang nicht erforscht. Doch hat die sozialpsychologische, verhaltensökonomische und kognitionswissenschaftliche Forschung in Laborexperimenten bereits vielfach untersucht, wie sich die Pflicht, eine Entscheidung zu begründen, (oder auch nur die Erwartung, sie begründen zu müssen,) auf das Entscheidungsverhalten auswirkt. Nicht selten ist der Versuchsaufbau dabei gerichtlichen Entscheidungssituationen nachgebildet, und einige jüngere Studien wurden sogar mit ausgebildeten und praktizierenden Richtern durchgeführt. Auch wenn die verbleibenden Unterschiede (vor allem zum Gesetzgebungsverfahren) nicht leichtfertig kleingeredet werden sol-

<sup>91</sup> Vgl. J. Froese, *Rechtstheorie* 46 (2015), S. 481 (496 ff.).

<sup>92</sup> Dazu und zum Folgenden bereits oben § 3 IV 5 vor a) und § 3 V 4 vor a).

len, so nähren die Befunde doch die Hoffnung, dass Dokumentations- und Begründungspflichten tatsächlich leisten können, was sie versprechen.

#### *aa) Empirische Befunde zu Dokumentationspflichten*

Dokumentationspflichten stehen in der psychologischen Forschung bislang zwar kaum im Fokus. Doch dass sie dazu beitragen, die entscheidungsrelevanten Informationen gerade in komplexen Entscheidungssituationen präsent zu halten, und deren Berücksichtigung auf diese Weise befördern, ist empirisch belegt. Wer die entscheidungsrelevanten Informationen begleitend dokumentiert, wird diese eher in seine Entscheidung einbeziehen – und das gerade auch deshalb, weil die Dokumentation verhindert, dass einmal erhobene Informationen angesichts der Fülle zu berücksichtigender Aspekte in Vergessenheit geraten.<sup>93</sup> Auch im Hinblick auf die Verarbeitung individueller Selbstbestimmungsanliegen versprechen Dokumentationserfordernisse daher einen Mehrwert.

#### *bb) Empirische Befunde zu Begründungspflichten*

##### *(1) Positive Effekte*

Für Begründungspflichten erweist sich die psychologische Forschung insofern als aufschlussreich,<sup>94</sup> als sie belegt, dass Personen, die damit rechnen, ihre Entscheidung begründen oder rechtfertigen zu müssen, weniger intuitiv entscheiden, sondern stattdessen auf einen stärker analytischen Entscheidungsmodus umstellen.<sup>95</sup> Von Bedeutung ist das im hier interessierenden Kontext erstens für den Anspruch von Begründungspflichten, für eine vollständige Einbeziehung der ermittelten Entscheidungsgrundlagen zu bürgen und auf diese Weise zugleich sicherzustellen, dass sich staatliche Entscheidungsträger der von einer Entscheidung berührten Selbstbestimmungsanliegen annehmen. Denn gerade insofern zeichnen die psychologischen Studien ein vielversprechendes Bild: So führt die Erwartung, Gründe für eine Entscheidung angeben zu müssen, erstens nachweislich dazu, dass die Entscheidungsträger die ihnen im Vorfeld prä-

<sup>93</sup> Siehe dazu die Ergebnisse des zweiten Experiments bei *T.J. Thorsteinson/S. Withrow*, *Judgment and Decision Making* 4 (2009), S. 235 (242 ff., insbes. 244, 246).

<sup>94</sup> Einen guten Überblick über die Forschung bieten *M. Aleksovska/T. Schillemans/S. Grimmelikhuijsen*, *Journal of Behavioral Public Administration* 2 (2019), S. 1 (5 ff.) m. w. Nachw.

<sup>95</sup> *G. Cvetkovich*, *Social Psychology* 41 (1978), S. 149; *R. Hagafors/B. Brehmer*, *Organizational Behavior and Human Performance* 31 (1983), S. 223; *D. W. McAllister/T. R. Mitchell/L. R. Beach*, *Organizational Behavior and Human Performance* 24 (1979), S. 228 (243 und öfter); *P. E. Tetlock*, *Journal of Personality and Social Psychology* 45 (1983), S. 74; siehe auch *S. Chaiken*, *Journal of Personality and Social Psychology* 39 (1980), S. 752 (762); zusammenfassend *C. Engel*, in: ders./Strack (Hrsg.), *The Impact of Court Procedure on the Psychology of Judicial Decision Making*, 2007, S. 71 (91 f.); mit entsprechenden Vermutungen, allerdings ohne Auswertung der psychologischen Literatur auch *C. Latzel*, *Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie*, 2020, S. 540 f.

sentierten Informationen besser im Bewusstsein behalten und aufmerksamer verarbeiten.<sup>96</sup> Zweitens beziehen sie einen größeren Teil der verfügbaren Informationen tatsächlich in ihre Entscheidungen ein.<sup>97</sup> Und sofern es den Entscheidungsträgern selbst obliegt, die entscheidungsrelevanten Informationen zu erheben, wirkt sich die Aussicht, Gründe für ihre spätere Entscheidung angeben zu müssen, drittens auch positiv darauf aus, wie sorgfältig und umfassend sie die Tatsachengrundlagen ihrer Entscheidung ermitteln.<sup>98</sup>

Positive Effekte verspricht der durch Begründungspflichten induzierte analytische Entscheidungsmodus zweitens auch für deren Anliegen, eine abwägende Bewertung der entscheidungsrelevanten Informationen, Belange und Argumente zu gewährleisten. So lässt sich zeigen, dass Begründungserfordernisse die Komplexität der Informationsverarbeitung erhöhen, was sich insbesondere in einer selbst-reflektierten und differenzierteren Entscheidungsbildung niederschlägt. Anstatt sich nur auf einen dominanten Aspekt des zu entscheidenden Problems zu beschränken, tendieren Personen, die ihre Entscheidung begründen müssen, dazu, auch einander widerstreitende Gesichtspunkte zueinander ins Verhältnis zu setzen und die von ihnen favorisierte Position durch den Abgleich mit möglichen Gegenargumenten zu erproben.<sup>99</sup> Nicht nur fördern Begründungspflichten damit die umfassende Ermittlung und Einbeziehung betroffener Belange und die bewertende Auseinandersetzung mit diesen, sie begünstigen zudem die selbstkritische Erwägung alternativer Entscheidungsoptionen.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> P. E. Tetlock, *Social Psychology Quarterly* 46 (1983), S. 285 (289, 291); P. E. Tetlock/J. I. Kim, *Journal of Personality and Social Psychology* 52 (1987), S. 700 (706); vgl. auch S. Chaiken, *Journal of Personality and Social Psychology* 39 (1980), S. 752 (758 f., 762).

<sup>97</sup> P. E. Tetlock/R. Boettger, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (388, 392); J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (569 f.); J. S. Lerner/P. E. Tetlock, *Psychological Bulletin* 125 (1999), S. 255 (265, 270).

<sup>98</sup> H. Lee/P. M. Herr/F. R. Kardes/C. Kim, *Journal of Business Research* 45 (1999), S. 75 (77, 81, 84); M. E. Huneke/C. Cole/I. P. Levin, *Marketing Letters* 15 (2004), S. 67 (78); siehe auch L. Scholten/D. van Knippenberg/B. A. Nijstad/C. K. W. De Dreu, *Journal of Experimental Social Psychology* 43 (2007), S. 539 (548), die zu dem Ergebnis kommen, dass Gruppen, die erwarten, anschließend darüber Rechenschaft ablegen zu müssen, wie sie zu ihrer Entscheidung gelangt sind, eher daran zweifeln, dass sie bereits über ausreichende Informationen verfügen, um die ihnen aufgegebenen Entscheidung zu treffen, als Gruppen, von denen keine Begründung erwartet wird.

<sup>99</sup> Sog. "integrative complexity"; siehe P. E. Tetlock, *Journal of Personality and Social Psychology* 45 (1983), S. 74 (81); P. E. Tetlock/R. Boettger, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (392 f.); P. E. Tetlock/J. I. Kim, *Journal of Personality and Social Psychology* 52 (1987), S. 700 (706); P. E. Tetlock/L. Skitka/R. Boettger, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 632 (635 f.); vgl. auch J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (563, 569, 571); P. E. Tetlock/J. S. Lerner/R. Boettger, *European Journal of Social Psychology* 26 (1996), S. 915 (932).

<sup>100</sup> Zu den positive Effekten dieser Alternativenbetrachtung C. G. Lord/M. R. Lepper/E. Preston, *Journal of Personality and Social Psychology* 47 (1984), S. 1231.

Sofern der rechtsschützende Kontrolleffekt von Begründungs- und Dokumentationspflichten davon abhängt, die betroffenen Belange nicht nur überhaupt zu bewerten, sondern sie dabei auch angemessen zu gewichten, ist schließlich drittens von Bedeutung, dass sich mit Begründungspflichten die verbreitete Erwartung verbindet, unbewusste Entscheidungsverzerrungen auszuschalten, die etwa auf Kontextfaktoren, wie das Framing der Entscheidung, oder auf kognitive Heuristiken zurückgehen.<sup>101</sup> Unbewussten Fehlgewichtungen aufgrund des Einflusses sachfremder Faktoren vermag die Pflicht zur Begründung so vorzubeugen. Gut belegt ist insofern vor allem, dass Begründungspflichten dazu beitragen, die oben bereits diskutierten Ordnungseffekte (*recency effect/primacy effect*) zu neutralisieren.<sup>102</sup> Ob ein entscheidungsrelevanter Belang zu einem frühen oder späten Zeitpunkt in das Verfahren eingeführt wird, ist für dessen Einfluss auf die Entscheidung demnach (nur) dann nicht von nennenswerter Bedeutung, wenn die Entscheidungsträgerin ihre Entscheidung begründen muss und sie dies bereits von Beginn an weiß.<sup>103</sup> Für Framing-Effekte gilt dies entsprechend<sup>104</sup> und auch (Begleit-)Umstände, die für die Entscheidung irrelevant sein sollten – etwa der emotionale Zustand des Entscheidungsträgers sowie die Tatsache, dass der Überbringer einer entscheidungsrelevanten Information oder die von einer Entscheidung unmittelbar Betroffene mehr oder weniger sympathisch erscheinen –, werden zuverlässiger (wenngleich nicht völlig) ausgeblendet, wenn eine Entscheidung eine Begründung verlangt.<sup>105</sup> Gleiches kann schließlich für

<sup>101</sup> Siehe etwa, mit teils differenzierten Erwartungen, R. H. Ashton, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 52 (1992), S. 292 (292, 301); C. Engel, in: ders./Strack (Hrsg.), *The Impact of Court Procedure on the Psychology of Judicial Decision Making*, 2007, S. 71 (90); C. Guthrie/J. J. Rachlinski/A. J. Wistrich, *Cornell Law Review* 93 (2007), S. 1 (36 f.); P. E. Tetlock/J. I. Kim, *Journal of Personality and Social Psychology* 52 (1987), S. 700 (707); vgl. auch M. Seidenfeld, *Cornell Law Review* 87 (2002), S. 486 (522 ff.); eine hilfreiche Studienübersicht bei J. S. Lerner/P. E. Tetlock, *Psychological Bulletin* 125 (1999), S. 255 (260 ff.); aus verwaltungsrechtlicher Perspektive zu Begründungspflichten als Mittel des *Debiasing* auch B. Gebhardi, *Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente*, 2022, S. 284 ff., 349 f.

<sup>102</sup> Vgl. oben § 4 II 4.

<sup>103</sup> P. E. Tetlock, *Social Psychology Quarterly* 46 (1983), S. 285.

<sup>104</sup> W. Sieck/J. F. Yates, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 70 (1997), S. 207 (217).

<sup>105</sup> S. Chaiken, *Journal of Personality and Social Psychology* 39 (1980), S. 752 (762); J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563; Z. Liu, *Journal of Legal Studies* 47 (2018), S. 83, weist das in einer Studie mit 392 chinesischen Richtern nach, denen aufgegeben wurde, die für sie maßgeblichen Entscheidungsgründe zu verschriftlichen, bevor sie eine Entscheidung treffen. Siehe aber auch H. Spamann/L. Klöhn, *Journal of Legal Studies* 45 (2016), S. 255, die in einem Experiment mit us-amerikanischen Richtern zu einem gegenteiligen Ergebnis kommen. Z. Liu, *Journal of Legal Studies* 47 (2018), S. 83 (87) führt das darauf zurück, dass die Richter in der Studie von Spamann und Klöhn ihre Gründe erst angeben mussten, nachdem sie eine Entscheidung getroffen hatten, obwohl ihnen auch dort bereits von Beginn an bewusst war, dass sie eine Begründung würden geben müssen. Ähnliche Ergebnisse (*bias* trotz Begründung) auch bei J. Z. Liu/X. Li, *Journal of Empirical Legal Studies* 16 (2019), S. 630, die über einen Versuch mit echten Richtern be-

das Nutzenstreben und die persönlichen Überzeugungen der Entscheidungsperson gelten. Denn insbesondere dort, wo die erforderlichen Begründungen in bestimmten Formen oder einem typischen Sprach- und Argumentationsstil verfasst werden, führt die damit einhergehende Symbolik den Entscheidungsträgern ihre offizielle Rolle und die mit ihr verbundenen Erwartungen vor Augen.<sup>106</sup> Dass sich die mit einem offiziellen Amt verbundene Erwartung, nicht den eigenen Vorteil zu suchen, auf das Entscheidungsverhalten tatsächlich entsprechend auswirkt, wurde bereits in mehreren Versuchen belegt.<sup>107</sup>

## (2) Negative Effekte

Herausgefordert wird diese optimistische Perspektive indes zum einen durch Erkenntnisse zu den inhärenten Limitierungen des bewussten, analytischen Entscheidungsmodus, der durch Begründungserfordernisse ja gerade bewusst angeregt wird. So nimmt die sog. *Unconscious Thought Theory* an, dass der bewusste Entscheidungsmodus nur bei einfachen Aufgaben zu einer verbesserten Entscheidungsqualität führe, bei komplexen Problemen hingegen zu weniger guten Ergebnissen – und das heißt: zu mehr Fehlgewichtungen – führe als ein unbewusster, intuitiver Entscheidungsstil.<sup>108</sup> Insbesondere wenn eine Vielzahl an Informationen verarbeitet und im Verhältnis zueinander gewichtet werden müsse, übersteige dies leicht die kognitiven Kapazitäten, weshalb „choices in complex matters [...] should be left to unconscious thought“.<sup>109</sup> Da die Komplexität behördlicher und gesetzgeberischer Entscheidungen gerade dann hoch ist, wenn diese – wie in den hier interessierenden Fällen – inhaltlich kaum festgelegt sind, weckt das zunächst Zweifel an der Forderung, diese Entscheidungen begründen zu müssen. Indessen ist das Vertrauen in unbewusste Entscheidungsprozesse selbst in der kognitionswissenschaftlichen Forschung keinesfalls unbestritten.<sup>110</sup> Vielmehr wird der stärker deliberative Entscheidungsansatz gera-

---

richten, bei dem die Probanden die Gründe für ihre Entscheidung lediglich durch das Ankreuzen vorgegebener Optionen angeben mussten.

<sup>106</sup> C. Engel, in: ders./Strack (Hrsg.), *The Impact of Court Procedure on the Psychology of Judicial Decision Making*, 2007, S. 71 (97).

<sup>107</sup> Siehe C. Engel/L. Zhurakhovska, *Journal of Legal Studies* 46 (2017), S. 1; T. K. Pryor, *The Psychology of Legal Decision Making*, 2016, Chapter 1.

<sup>108</sup> Siehe insbes. A. Dijksterhuis/L. F. Nordgren, *Perspectives on Psychological Science* 1 (2006), S. 95; A. Dijksterhuis/M. W. Bos/L. F. Nordgren/R. B. van Baaren, *Science* 311 (2006), S. 1005; ferner M. Usher/Z. Russo/M. Weyers/R. Brauner/D. Zakay, *Frontiers in Psychology* 2 (2011), Art. 37; Überblick bei C. M. Oldfather, *Georgetown Law Journal* 96 (2008), S. 1283 (1312 ff.).

<sup>109</sup> A. Dijksterhuis/M. W. Bos/L. F. Nordgren/R. B. van Baaren, *Science* 311 (2006), S. 1005 (1005).

<sup>110</sup> Kritisch etwa F. Acker, *Judgment and Decision Making* 3 (2008), S. 292; B. R. Newell/K. Y. Wong/J. C. H. Cheung/T. Rakow, *The Quarterly Journal of Experimental Psychology* 62 (2009), S. 707; einschränkend auch L. Waroquier/D. Marchiori/O. Klein/A. Cleeremans, *Social Psychological and Personality Science* 1 (2010), S. 111 (115 f.).

de für analytische Aufgaben, zu denen auch behördliche oder gesetzgeberische Entscheidungen zählen dürften, von anderen Autoren für überlegen gehalten.<sup>111</sup> Und ohnehin dürften die der *Unconscious Thought Theory* zugrundeliegenden Versuchsanordnungen vom behördlichen oder gesetzgeberischen Entscheidungsverfahren so stark abweichen, dass ausgesprochen zweifelhaft erscheint, ob sich die Ergebnisse unbesehen übertragen lassen. So mussten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der entsprechenden Experimente ihre Entscheidungen in einer fest vorgegebenen Zeit von wenigen Minuten treffen und konnten während dessen weder auf Notizen noch auf die ihnen ursprünglich präsentierten Informationsmaterialien zurückgreifen. Wenn die Probandinnen und Probanden hingegen selbst über den Zeitpunkt der Entscheidung bestimmen, sie die Entscheidungsgrundlagen dokumentieren oder ihnen die Entscheidungsmaterialien während der Zeit der Überlegung vorliegen, verschwindet der beobachtete Effekt.<sup>112</sup>

Zum anderen erzeugen Begründungserfordernisse zuweilen eigenständige Verzerrungseffekte. So wurde in Laborversuchen bereits mehrfach nachgewiesen, dass Entscheidungsbegründungen Fehlgewichtungen provozieren können, weil die durch sie begünstigte Tendenz, sich mit allen präsentierten Entscheidungsinformationen sorgfältig auseinanderzusetzen, zur Folge hat, dass das Gewicht der entscheidungsrelevanten Faktoren abnimmt, sobald ihnen irrelevante Informationen an die Seite gestellt werden (sog. *dilution effect*).<sup>113</sup> Wurden Probanden etwa aufgefordert, die Studienleistungen einer Person einzuschätzen, so maßen sie der Tatsache, dass die betreffende Person in der Woche nur drei Stunden für ihr Studium aufwendet, dann geringeres Gewicht zu, wenn sie zugleich erfuhren, wie viele Zimmerpflanzen diese hält oder wie lange ihre längste Beziehung dauerte. Folgeuntersuchungen konnten diesen Effekt allerdings beseitigen, ja sogar umkehren, indem sie den Probanden erklärten, mit der Präsentation der Informationen gehe keine Aussage darüber einher, ob sie für die Entscheidung wirklich von Bedeutung sind oder nicht.<sup>114</sup> Ein *dilution effect* ist daher dann nicht zu erwarten, wenn – wie in den hier untersuchten Konstellationen behördlicher und gesetzgeberischer Entscheidungsfindung – Tatsachen-

<sup>111</sup> J. McMackin/P. Slovic, *Applied Cognitive Psychology* 14 (2000), S. 527; vgl. für richterliche Entscheidungen auch C. Guthrie/J. J. Rachlinski/A. J. Wistrich, *Cornell Law Review* 93 (2007), S. 1 (38): „We suspect, however, that most of the judgments that judges make are not the sort that are impaired by deliberation.“

<sup>112</sup> Siehe B. R. Newell/K. Y. Wong/J. C. H. Cheung/T. Rakow, *The Quarterly Journal of Experimental Psychology* 62 (2009), S. 707 (719); J. W. Payne/A. Samper/J. R. Bettman/M. F. Luce, *Psychological Science* 19 (2008), S. 1118; T. J. Thorsteinson/S. Withrow, *Judgment and Decision Making* 4 (2009), S. 235 (242 ff., insbes. 244).

<sup>113</sup> R. E. Nisbett/H. Zukier/R. E. Lemley, *Cognitive Psychology* 13 (1981), S. 248; P. E. Tetlock/R. Boettger, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (389, 392, 397 und öfter).

<sup>114</sup> P. E. Tetlock/J. S. Lerner/R. Boettger, *European Journal of Social Psychology* 26 (1996), S. 915 (925 und öfter).

ermittlung und Entscheidungsbegründung personell zusammenfallen. Dass im behördlichen Verfahren nicht jede erlangte Information tatsächlich verarbeitet werden muss, sondern es gerade zu den Aufgaben der entscheidungsverantwortlichen Amtsträger zählt, die Relevanz der verfügbaren Daten und Belange zu beurteilen, dürfte auch diesen selbst ohne weiteres klar sein.

Eigenständige Verzerrungswirkungen können Begründungserfordernisse schließlich auch insofern erzeugen, als sie die Aufmerksamkeit der Entscheidungspersonen auf diejenigen Aspekte des zu entscheidenden Problems lenken, die sich leicht verbalisieren lassen. Erwägungen, die zwar ohne Zweifel entscheidungsrelevant sind, deren Komplexität es aber erschwert, sie sprachlich zum Ausdruck zu bringen, werden folglich von eher oberflächlichen Problem-Aspekten überdeckt, die sich auch ohne tiefgründige Analyse und ohne begriffliche Schwierigkeiten vortragen lassen (sog. *verbal overshadowing effect*).<sup>115</sup> Die von einer Entscheidung berührten individuellen Selbstbestimmungsanliegen dürften indes regelmäßig leicht zu benennen sein. Und auch die professionelle Vorbildung und Erfahrung der Entscheidungspersonen in Behörden und Parlamenten lässt erwarten, dass ihnen die Verbalisierung individueller Interessen und Belange nicht schwerfällt. Auch dies mildert den Effekt nachweislich ab.<sup>116</sup>

### (3) Ein Vorbehalt

Die psychologische Forschung zeichnet demnach ein überwiegend optimistisches Bild, was die Leistungsfähigkeit von Begründungspflichten betrifft. Doch ein wichtiger Vorbehalt bleibt: Begründungspflichten wirken – das zeigt nicht zuletzt die empirische Forschung zu richterlichen Entscheidungsbegründungen – nur dann, wenn sie als höchstpersönliche Pflicht des oder der Entscheidungsberechtigten verstanden werden. Wird die Begründung delegiert, verliert sie ihren disziplinierenden Effekt.<sup>117</sup> Während in behördlichen Verfahren meist auch die Erarbeitung der Begründung dem für die Entscheidung zuständigen Sachbearbeiter überlassen bleiben dürfte, stellt sich das für den Gesetzgebungsprozess ungleich komplizierter dar. Die Begründungen der meisten Gesetzesentwürfe stammen aus den Federn der Ministerialbürokratie. Sie sind den Abgeordneten, die sie letztlich beschließen, zwar bekannt, im besten Fall haben sie sie in Ausschussberatungen und Plenardebatten gedanklich nachvollzogen und kritisch geprüft, doch selbst erarbeitet oder gar verfasst haben sie sie nicht.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> Siehe dazu in unterschiedlichen Kontexten S. M. Lane/J. W. Schooler, *Psychological Science* 15 (2004), S. 715; J. W. Schooler/T. Y. Engstler-Schooler, *Cognitive Psychology* 22 (1990), S. 36; C. A. Meissner/A. Memon, *Applied Cognitive Psychology* 16 (2002), S. 869; ausführlicher Überblick bei C. M. Oldfather, *Georgetown Law Journal* 96 (2008), S. 1283 (1310ff.).

<sup>116</sup> Vgl. J. W. Melcher/J. M. Schooler, *Memory & Cognition* 32 (2004), S. 618.

<sup>117</sup> Z. Liu, *Journal of Legal Studies* 47 (2018), S. 83 (86, 104f.); ebenso, aber ohne eigene empirische Absicherung C. M. Oldfather, *Georgetown Law Journal* 96 (2008), S. 1283 (1325).

<sup>118</sup> Vgl. C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, 2014, S. 510; fer-



Hinzukommt, dass der für die Wirkung von Begründungspflichten konstitutive Verantwortungszusammenhang<sup>119</sup> für Gesetzesbeschlüsse weit weniger eng gewoben ist als etwa für den individuellen Sachbearbeiter einer Behörde. Auch ein begründetes Gesetz bleibt eine Kollektiventscheidung. Dass sich diese regelmäßig mit einer einfachen Abstimmungsmehrheit begnügt, droht den individuellen Verantwortungsbeitrag des einzelnen Parlamentsmitglieds selbst dann zu relativieren, wenn sie oder er dem Gesetz zugestimmt hat. Die Begründung selbst ist dabei nicht einmal Gegenstand der Abstimmung im Parlament – auch nicht in den Fällen, in denen die Verfassungsgerichtsbarkeit auf Begründungen besteht. Bezeichnenderweise genügt den Verfassungsgerichten für die Erfüllung von Begründungspflichten denn auch jede beliebige Äußerung im Gesetzgebungsverfahren, sofern nur erkennbar wird, dass die Parlamentsmehrheit mit der Verabschiedung des entsprechenden Gesetzes auch die Verantwortung für die Begründung übernimmt.<sup>120</sup> Wann das der Fall ist, insbesondere ob und wie sich diese Verantwortungsübernahme bei den jeweiligen Mitgliedern der Parlamentsmehrheit äußern muss, konkretisiert die entsprechende Judikatur indes bislang nicht. Die Verantwortlichkeit, die legislative Begründungspflichten im Hinblick auf die Entscheidung des individuellen Abgeordneten etablieren, bleibt daher deutlich abstrakter als im Falle der persönlich zu begründenden Individualentscheidungen, auf die sich die psychologischen und verhaltensökonomischen Studien fokussieren.

Wichtig zu sehen ist, dass diese Abstraktheit der Verantwortungszusammenhänge gerade auch im Vergleich zu den Rechtfertigungszwängen gilt, denen Parlamentarierinnen und Parlamentarier im Verhältnis zu ihrer Fraktion unterliegen. Für das individuelle Abstimmungsverhalten von Abgeordneten konkurriert die disziplinierende Wirkung gesetzgeberischer Begründungspflichten daher stets mit der politischen Verantwortlichkeit gegenüber dem eigenen politischen Lager. Da über den Gehalt guter Gründe in beiden Rechtfertigungsverhältnissen durchaus Uneinigkeit bestehen dürfte, lässt sich diese Schwierigkeit auch nicht mit dem Hinweis abtun, dass die Vervielfachung von Begründungsadressaten an den Begründungseffekten nichts ändere. Ob und inwieweit der

---

ner *W. Kluth*, in: ders./Klings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 14 Rn. 2, der darauf hinweist, dass selbst im (deutlich selteneren) Fall eines Gesetzesentwurfs aus der Mitte des Bundestages regelmäßig nur ein verhältnismäßig kleiner Teil der Abgeordneten an der Erstellung der Begründung beteiligt ist. *U. Smeddinck*, *Integrierte Gesetzesproduktion*, 2006, S. 227 nimmt demgegenüber an, die Mehrheit der Abgeordneten mache sich die Begründung zumindest zu eigen, wenn sie dem Gesetz zustimmt. Kritisch und differenzierend *M. Reicherzer*, *Authentische Gesetzgebung*, 2006, S. 476.

<sup>119</sup> Gerade auch in der oben zitierten psychologischen Literatur wird der Effekt von Begründungserfordernissen regelmäßig als Unterfall von „accountability“ behandelt und damit gerade darauf zurückgeführt, dass Begründungspflichten eine individuelle Verantwortlichkeit für einmal getroffene Entscheidungen etablieren.

<sup>120</sup> So etwa in BVerfGE 79, 311 (345); BerlVerfGH, NVwZ 2004, 210 (212); HessStGH, NVwZ-RR 2006, S. 657 (662); NdsStGH, NVwZ 1998, S. 1288 (1290).

Optimismus der psychologischen Befunde auch im Kontext legislativer Begründungspflichten trägt, ist angesichts dessen mit einem Fragezeichen zu versehen.

### 6. Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten

Um auszugleichen, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben die ihnen zugeordnete Kontrollfunktion zuweilen nur eingeschränkt erfüllen, setzt das Recht im Verwaltungs- wie im Gesetzgebungsverfahren schließlich auch auf Beobachtungs- und Überprüfungspflichten. Die durch sie institutionalisierte Selbstkontrolle der Behörden und Gesetzgebungsorgane soll kompensieren, dass die (ergebnisbezogene) Fremdkontrolle durch Gerichte oftmals am Fehlen justizialer Maßstäbe scheitert.<sup>121</sup> Doch gelingt ihnen dies auch?

Skeptisch stimmt insofern zunächst, dass Beobachtungs- und Überprüfungspflichten zur Ermöglichung gerichtlichen Rechtsschutzes jedenfalls nichts beitragen. Eigenständige materielle Prüfungsmaßstäbe, an denen sich die gerichtliche Kontrolle auch in Spielraumkonstellationen orientieren könnte, etablieren sie nicht. Zwar kann die nachlaufende Beobachtung einer Entscheidung und ihres Umfelds Ungewissheiten beseitigen, auf diese Weise ursprünglich einmal vertretbare Einschätzungen nachträglich als unrichtig entlarven und so die materiellen Grenzen staatlicher Handlungsspielräume deutlicher hervortreten lassen. Solange sich die Gerichte bei der Kontrolle von Prognoseentscheidungen allerdings der *ex ante*-Perspektive verpflichtet fühlen,<sup>122</sup> trägt der entsprechende Wissenszuwachs zur Verdichtung der gerichtlichen Kontrollmaßstäbe nicht bei. Für die Selbstkontrolle durch Behörden und Gesetzgebungsorgane gilt das freilich nicht. Vielmehr geht mit der Pflicht zur Überprüfung (und ggfs. zur Anpassung) einmal getroffener Entscheidungen die Erwartung einher, dass sich die behördliche und legislative Eigenkontrolle nicht auf die eingeschränkte *ex ante*-Perspektive zurückzieht, sondern die eigene Entscheidung gerade vor dem Hintergrund der hinzugewonnenen Informationen und den in deren Lichte neu bestimmten materiell-rechtlichen Grenzen neu bewertet.<sup>123</sup> Zwar nicht für die gerichtliche Fremd-, aber doch für die behördliche und gesetzgeberische Selbstkontrolle verdichten die durch Beobachtungspflichten generierten Wissenszu-

<sup>121</sup> Siehe dazu oben § 3 IV 7 und § 3 V 5.

<sup>122</sup> So die h. M., siehe etwa BVerfGE 30, 250 (263); S. Huster, ZfRSoz 24 (2003), S. 3 (8); F. Ossenbühl, in: Festgabe 25 Jahre BVerfG, Bd. I, 1976, S. 458 (517 f.); R. Stettner, DVBl. 1982, S. 1123 (1125); am Beispiel des Mitbestimmungsurteils ebenso I. Augsberg/S. Augsberg, VerwArch 98 (2007), S. 290 (306); ausführlich und kritisch C. Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 499 ff. sowie M. Raabe, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 438, beide m. w. Nachw.

<sup>123</sup> So dürfte auch die von C. Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996, S. 109 ff. monierte Paradoxie aufzulösen sein, dass der Gesetzgeber zur Nachbesserung von Gesetzen verpflichtet sein kann, die sich aus gerichtlicher Perspektive – aufgrund der maßgeblichen *ex ante*-Perspektive – als verfassungsmäßig darstellen

wächse die materiell-rechtlichen Kontrollmaßstäbe daher insoweit, wie sie die für Entscheidungsspielräume konstitutiven Ungewissheiten reduzieren.

Wo Beobachtungs- und Überprüfungspflichten nicht in erster Linie auf Ungewissheiten reagieren, sondern dazu dienen, der Dynamik stark veränderlicher Wirklichkeitsbereiche Rechnung zu tragen, besteht die zentrale Leistung von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten hingegen – zumindest in der Theorie – darin, die kontrolltypischen Rechtsschutzeffekte auf Dauer zu stellen. Die mit Beobachtungspflichten verbundene fortlaufende Ermittlung der maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen erlaubt es, Veränderungen in der Betroffenheit der berührten Selbstbestimmungsanliegen kontinuierlich wahrzunehmen, die Bedeutung der ihnen widerstreitenden Belange jeweils aktuell und damit realitätsgerecht zu beurteilen. Und die Pflicht zur Überprüfung bestehender Entscheidungen verlangt die wertende Auseinandersetzung mit den aktualisierten Befunden. Prozeduralen Rechtsschutz gewährleisten Beobachtungs- und Überprüfungspflichten folglich, indem sie dazu anhalten, die von einer Entscheidung berührten Selbstbestimmungsanliegen gerade dann fortwährend zu verarbeiten, wenn die individuelle Legitimation einer Entscheidung andernfalls durch die Dynamik des Sachbereichs in Gefahr geriete.

Dass die Kompensationsstrategie der Beobachtungs- und Überprüfungspflichten in beiden dieser Varianten auf Selbst-, statt auf Fremdkontrolle setzt, darf bei der Beurteilung ihrer Leistungsfähigkeit indes nicht außer Acht bleiben. Denn die oben bereits ausführlicher thematisierten Hindernisse schlagen auch hier zu Buche: Der *default*-Effekt einmal gefundener Lösungen macht eine Anpassung an veränderte Informationsbestände unwahrscheinlich und lässt die Wirksamkeit der Selbstkontrolle damit hinter diejenige gerichtlicher Fremdkontrolle zurückfallen.<sup>124</sup> Und angesichts des aus der Psychologie bekannten *confirmation bias* verspricht auch die Rechtsschutzverlagerung ins Verfahren nur eingeschränkten Ertrag, weil die zu überprüfende Vorentscheidung die Wahrnehmung von Veränderungen in der Betroffenheit der von einer Entscheidung berührten individuellen Handlungsansprüche verzerrt.<sup>125</sup>

## 7. Ergebnis

Die Hoffnung, Verfahrensanforderungen könnten die Schwächen kompensieren, die das materielle Recht im Hinblick auf die ihm zugedachte Kontrollfunktion verzeichnet, erweist sich angesichts der psychologischen Befunde vor allem für die abwägungstypischen Ermittlungs- und Bewertungspflichten als berechtigt. Begründungspflichten tragen zumindest in verwaltungsrechtlichen Verfahren zu dem erhofften Ausgleich bei. Für Begründungspflichten des Gesetz-

---

<sup>124</sup> Siehe oben § 4 I 3 c).

<sup>125</sup> Auch dazu bereits oben § 4 I 3 b).

gebers stimmt das zwar ebenfalls verhalten optimistisch, ob sich die entsprechenden Befunde allerdings tatsächlich übertragen lassen, ist empirisch bislang nicht hinreichend untersucht. Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung können zur Verarbeitung individueller Selbstbestimmungsanliegen dann beitragen, wenn sie den beteiligten Bürgern effektiven Einfluss auf die Entscheidung einräumen. Anhörungserfordernisse, wie sie in den hier untersuchten Bereichen vorherrschen, erweisen sich insofern allerdings als wenig wirkungsvoll. Konzeptpflichten gleichen die Kontrollschwächen des materiellen Rechts hingegen in erster Linie dadurch aus, dass sie eigene materielle Kontrollstandards etablieren. Ihre genaue Kompensationsleistung hängt dabei vom Inhalt des je individuellen Konzepts ab. Ob all dies im Einzelfall einen vollständigen Ausgleich der materiell-rechtlichen Defizite gewährleistet, lässt sich indes schon deshalb nicht sagen, weil die Kompensationsbehauptung auch im Hinblick auf die rechtsschützende Kontrollfunktion des materiellen Rechts keine Kriterien dafür definiert, die über den im Wege prozeduraler Kompensation zu erreichenden Soll-Zustand Aufschluss geben.

### III. Kompensation von Schwächen der Begrenzungsfunktion des materiellen Rechts

Die Lösungsstrategie, mit der Verwaltungs- und Verfassungsrecht den Schwächen begegnen, die ihre materiellen Vorgaben im Hinblick auf die ihnen zugeordnete Begrenzungsfunktion aufweisen, lautet ebenfalls: Kompensation durch Verfahren. Wo das materielle Recht gesellschaftliche und staatliche Sphäre nicht klar voneinander abgrenzt oder es die individuellen Freiheitsräume Privater nicht trennscharf konturiert, sollen vor allem Konzeptpflichten (dazu 2.), aber auch Ermittlungs- und Bewertungspflichten (dazu 3.), die Pflicht zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit (dazu 4.) sowie Dokumentations- und Begründungspflichten (dazu 5.) Abhilfe schaffen. Doch können sie das leisten? Die Antwort darauf muss auch hier mit einer Konkretisierung der Maßstäbe beginnen (dazu 1.)

#### *1. Was heißt Begrenzung und (wie) lässt sie sich messen?*

Begrenzen heißt Spielräume einschränken. Die Spielräume, um deren Begrenzung sich das öffentliche Recht sorgt, sind dabei in erster Linie diejenigen des Staates. Dementsprechend äußert sich die Begrenzungsfunktion des Rechts darin, dass es die Reichweite staatlicher Befugnisse, aber auch Pflichten absteckt und damit zugleich den Raum verbleibender Freiheit konturiert.<sup>126</sup> Kontroll-

---

<sup>126</sup> Siehe oben § 3 III 1 d) und 2 d).

und Begrenzungsfunktion verbindet insofern das Anliegen individuellen Freiheitsschutzes, ja allgemeiner: individuellen Rechtsschutzes; in teleologischer Perspektive besitzt folglich auch die Begrenzungsfunktion eine Rechtsschutzdimension.

Ob Verfahrensanforderungen eigenständige Begrenzungsleistungen erbringen, bemisst sich angesichts dessen daran, inwiefern es ihnen gelingt, den staatlichen Entscheidungsträgern Handlungsoptionen zu nehmen, die ihnen bei einer isolierten Fokussierung auf die materiell-rechtlichen Vorgaben offen stünden. Prozedural ist das freilich nur auf indirektem Weg zu erreichen. So engen Verfahrenspflichten die staatlichen Entscheidungsspielräume nicht dadurch ein, dass sie bestimmte Entscheidungen verbieten, sondern indem sie die staatlichen Entscheidungsträger auf einen Entscheidungsweg festlegen, der es erschwert oder sogar ausschließt, bestimmte Entscheidungsergebnisse zu erzielen. Der Raum zulässiger Entscheidungen wird durch Verfahrensvorgaben daher meist nicht unmittelbar normativ begrenzt, sondern eher als indirekte, quasi-faktische Folge des Entscheidungsverfahrens. Was Verfahrensvorgaben diesbezüglich leisten, wird so zur empirischen Frage: Mäßigt es das Entscheidungsverhalten staatlicher Stellen, wenn sie bestimmte Verfahrenspflichten einhalten müssen?

Fällt die Antwort hierauf positiv aus, beginnen die Schwierigkeiten freilich erst: Denn für die quantitative Frage, wie stark der Begrenzungseffekt des Verfahrens ist, dürfte ein verallgemeinernder Maßstab kaum zu finden sein. Und wonach sich beurteilt, welches Ausmaß diese Begrenzungsleistungen annehmen müssen, um die entsprechenden Schwächen des materiellen Rechts (vollständig) auszugleichen, bleibt in der bisherigen Debatte ebenfalls unklar. Insofern wiederholt sich hier die Schwierigkeit, die bereits im Kontext von Steuerungs- und Kontrollfunktion erkennbar wurde:<sup>127</sup> Für das Kompensationsvermögen prozeduraler Anforderungen fehlt es an einem maßstabsbildenden Soll-Zustand, an einem Normalfall, der in der Frage, wie viel Begrenzung erforderlich ist, Orientierung böte. Auch insofern leidet die Kompensationsthese am Fehlen von Maßstäben, die es erlaubten, ihre Ausgleichsbehauptungen zu überprüfen.

## 2. *Kompensationseffekte von Konzeptpflichten*

Konzeptpflichten bilden zum Ausgleich der eingeschränkten Begrenzungsfunktion der materiell-rechtlichen Vorgaben im Grundsatz ein nahe liegendes Instrument. Indem Konzepte ergänzende und verbindliche Entscheidungsmaßstäbe etablieren, verdichten sie die normativen Vorgaben und verengen damit zugleich die staatlichen Handlungsspielräume. Wo sie materielle Entscheidungsvorgaben enthalten, ist das besonders deutlich, wo Konzepte lediglich methodische Vorgaben machen, hingegen schon weniger selbstverständlich. Wie stark

<sup>127</sup> Siehe dazu oben § 4 I 1 und § 4 II 2 b), 3.

Konzeptpflichten zur Begrenzung staatlicher Handlungsspielräume beitragen, lässt sich dabei abstrakt schon deshalb nicht bestimmen, weil unterschiedliche Konzeptpflichten ein unterschiedlich hohes Maß an Konkretisierung verlangen. Die Pflicht zur Festlegung konkreter immissionsschutzrechtlicher Grenzwerte,<sup>128</sup> zur Konkretisierung des gesundheitsrechtlichen Behandlungsanspruchs auf bestimmte Heilmittel<sup>129</sup> oder zur klimaschutzrechtlichen Bestimmung einer exakten Zieltemperatur<sup>130</sup> stehen insofern Konzepterfordernissen gegenüber, die sich damit begnügen, dass die staatlichen Stellen ihre „grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden“ umschreiben, wie das etwa im Regulierungsrecht<sup>131</sup> oder auch in der bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung zu den SGB II-Regelsätzen<sup>132</sup> begegnet.

Dass sich die staatlichen Entscheidungsträger mit Konzeptpflichten regelmäßig selbst beschränken, steht deren Beitrag zur Begrenzung staatlicher Handlungsspielräume dabei nicht entgegen. Denn auch wenn ihnen bei der Auswahl der selbstgesetzten Grenzen ein Spielraum verbleiben mag, so führt die zeitlich vorgelagerte verbindliche Selbstbindung an ein bestimmtes Konzept doch dazu, dass ihr Entscheidungsspielraum bei den konzeptgeleiteten Einzelfallentscheidungen abnimmt.

### 3. *Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten*

Anders als im Fall von Konzeptpflichten führt die Erfüllung von Ermittlungs- und Bewertungspflichten nicht zu einer Verdichtung der materiell-rechtlichen Entscheidungsvorgaben. Die – interessanterweise vor allem im Legislativverfahren anzutreffende – Hoffnung, sie könnten dennoch zur Begrenzung staatlicher Handlungsspielräume beitragen, beruht daher einzig auf der Erwartung, die Ermittlung und Bewertung der entscheidungsrelevanten Belange gewährleisten, dass diese in den Prozess der Entscheidungsbildung einbezogen werden und dass eben diese Einbeziehung es erschwert, eine Entscheidung zu treffen, die sich über die einbezogenen Belange hinwegsetzt. Statt klare inhaltliche Grenzen zu definieren, sollen Ermittlungs- und Bewertungspflichten ihre Begrenzungsfunktion demnach dadurch erfüllen, dass sie den Entscheidungsträgern Rechtfertigungslasten aufbürden. Unausgesprochen liegt dem die Annahme zugrunde, dass einmal in den Entscheidungsprozess eingeführte Belange gute Gründe fordern, sofern die staatlichen Entscheidungsträger ihnen im Ergebnis nicht Rechnung tragen wollen. Wo solche Gründe fehlen, limitieren sie den Kreis möglicher Entscheidungen.

---

<sup>128</sup> Siehe oben § 3 IV 2 d).

<sup>129</sup> Siehe oben § 3 IV 2 e).

<sup>130</sup> Siehe oben § 3 V 1 c).

<sup>131</sup> Dazu oben § 3 IV 2 b) bb).

<sup>132</sup> Dazu oben § 3 V 1 b).

Verbleibt der Entscheidungsprozess indes völlig im *forum internum* der entscheidenden Person, so hängt die Frage, inwiefern Ermittlungs- und Bewertungspflichten eben diese Abwägung von Gründen und Gegengründen sicherstellen, davon ab, welche genauen Erwartungen sich mit den besagten Bewertungspflichten verbinden. Während das Verwaltungsrecht insofern vielfach vorsichtig formuliert,<sup>133</sup> erstarkt die hier als Bewertungspflicht bezeichnete Pflichtenkategorie im Gesetzgebungsverfahren regelmäßig zu einem echten Abwägungsgebot,<sup>134</sup> dessen ordnungsgemäße Erfüllung dann eben auch die erwähnten Rechtfertigungslasten erzeugt. Ob dies die staatlichen Handlungsspielräume wirklich wirksam begrenzt, steht freilich auf einem anderen Blatt. Gebremst wird der Optimismus insofern von den – bislang allerdings erst einzeln vorliegenden – empirischen Befunden. So konnte in einer experimentellen Studie zur Durchführung von Verhältnismäßigkeitsprüfungen nachgewiesen werden, dass die Bandbreite der Ergebnisse auch bei verhältnismäßig stark formalisierten Abwägungsprozessen enorm ist – und das selbst dann, wenn die Abwägung nicht durch Laien, sondern durch professionelle und juristisch geschulte Entscheidungsträger vorgenommen wird.<sup>135</sup> Zweifel an der Begrenzungswirkung von allgemein gehaltenen Bewertungs- und auch Abwägungspflichten bleiben angesichts dessen nicht aus.

Sobald Entscheidungspersonen nicht lediglich zur stillen Abwägung verpflichtet sind, sondern ihre Wertungen und Erwägungen gegenüber anderen transparent machen müssen, mag sich das anders darstellen, weil sich damit auch die Rechtfertigungslasten in den interpersonellen Bereich verlagern. Dass Ermittlungs- und Bewertungspflichten gerade auch im Hinblick auf die ihnen zugetraute Begrenzungsfunktion durch Dokumentations- und Begründungspflichten ergänzt werden, wird vor diesem Hintergrund verständlich. Sofern diese Ergänzung die Begrenzungseffekte verstärken, ist das allerdings nicht das Verdienst der Ermittlungs- und Bewertungspflichten.

<sup>133</sup> Vgl. oben § 3 IV 3.

<sup>134</sup> So etwa explizit in den oben § 3 V 2 a), 2 b), 2 d), 2 i) diskutierten Fallgruppen.

<sup>135</sup> Siehe *D. Statman/R. Sulitzeanu-Kenan/M. Mandel/M. Skerker/S. De Wijze*, EJIL 31 (2020), S. 429 (445, 449f.), die für professionelle Entscheidungspersonen allerdings auch zu dem Ergebnis kommen, „that expertise has some informative contribution by reducing the likelihood of choosing extreme options“ (ebd., S. 451); vgl. auch *A. van Aaken*, The Decision Architecture of Proportionality Analysis: Cognitive Biases and Heuristics, unveröffentl. Ms. 2019 sowie *dies./R. Sarel*, Framing Effects in Proportionality Analysis: Experimental Evidence, unveröffentl. Ms. 2022, die unter anderem nachweisen, dass juristische geschulte Personen weniger anfällig sind für Verzerrungswirkungen, die sich aus dem *framing* der Verhältnismäßigkeitsprüfung selbst ergeben können.

#### 4. *Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit*

Die Forderung, den von einer Entscheidung Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und die allgemeine Öffentlichkeit in das Verfahren einzubinden, bildet eine besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht zur Ermittlung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen.<sup>136</sup> Im Hinblick auf die auch ihr attestierte Begrenzungsfunktion lassen sich die soeben angestellten Erwägungen daher übertragen – mit einer entscheidenden Einschränkung: Die Pflicht zur Beteiligung der (betroffenen) Öffentlichkeit kennt anders als die gerade besprochenen Ermittlungs- und Bewertungspflichten kein Bewertungselement, sie beschränkt sich auf die Ermittlungsdimension. Zur Institutionalisierung des für die Begrenzungswirkung maßgeblichen Widerstreits von Grund und Gegen Grund trägt sie daher schon im Ansatz nicht bei.

#### 5. *Kompensationseffekte von Dokumentations- und Begründungspflichten*

Begründungspflichten setzen zum Ausgleich der Schwächen, die das materielle Recht im Hinblick auf die ihm zgedachte Begrenzungsfunktion aufweist, ebenfalls auf die disziplinierende Wirkung von Rechtfertigungsstrukturen. Wer widerstreitende Aspekte und Belange nicht nur abwägen, sondern seine dabei angestellten Erwägungen auch transparent erläutern muss, wird sich – so die Vermutung – über entscheidungsrelevante Informationen weniger leichtfertig hinwegsetzen, wenn sie der eigenen Entscheidungspräferenz zuwiderlaufen.

Die bereits oben zitierte psychologische Forschung stützt diesen Befund. Personen, die ihre Entscheidung begründen müssen, entscheiden deutlich selbstkritischer. Stärker als Entscheidungspersonen, die keiner Begründungspflicht unterliegen, tendieren sie dazu, einander widerstreitende Gesichtspunkte zueinander ins Verhältnis zu setzen, die von ihnen favorisierte Position durch den Abgleich mit möglichen Gegenargumenten zu erproben und alternative Entscheidungsoptionen intensiv zu erwägen.<sup>137</sup> Auf die Entscheidungsergebnisse hat das nachweislich einen disziplinierenden Effekt: Dass Begründungspflichten die Einbeziehung auch gegenläufiger Informationen begünstigen, mä-

<sup>136</sup> Siehe bereits oben § 3 V 3 d) aa), bb) sowie deutlich BVerfGE 95, 1 (23): „Das Gebot, den für die beabsichtigte Planung erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln, umfaßt insbesondere die Pflicht des Gesetzgebers, die individuell betroffenen Grundstückseigentümer und Gemeinden anzuhören.“

<sup>137</sup> Sog. „integrative complexity“; siehe *P. E. Tetlock*, *Journal of Personality and Social Psychology* 45 (1983), S. 74 (81); *P. E. Tetlock/R. Boettger*, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (392f.); *P. E. Tetlock/J. I. Kim*, *Journal of Personality and Social Psychology* 52 (1987), S. 700 (706); *P. E. Tetlock/L. Skitka/R. Boettger*, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 632 (635f.); vgl. auch *J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (563, 569, 571); *P. E. Tetlock/J. S. Lerner/R. Boettger*, *European Journal of Social Psychology* 26 (1996), S. 915 (932).



ßigt die Entscheidungsergebnisse; wenn die verfügbaren Informationen nicht alle für dieselbe Entscheidungsoption sprechen, fallen begründungspflichtige Entscheidungen weniger extrem aus als Entscheidungen, deren Autoren niemandem Rechenschaft schuldig sind.<sup>138</sup> Für die Begrenzungsfunktion von Begründungspflichten ist das eine gute Nachricht.

## 6. Ergebnis

Prozeduralen Ausgleich für die Schwächen der Begrenzungsfunktion des materiellen Rechts versprechen demnach einzig Konzept- und Begründungspflichten. Während erstere materielle Kriterien etablieren, die die Spielräume der gesetzlichen Vorgaben verengen, profitieren zweitere von der disziplinierenden Wirkung entgegenstehender Gründe.

## IV. Kompensation von Schwächen der Orientierungsfunktion des materiellen Rechts

Wo Verwaltungs- und Verfassungsrecht prozedural auszugleichen versuchen, dass infolge der inhaltlichen Offenheit ihrer materiell-rechtlichen Direktiven auch deren Orientierungsfunktion Einbußen erleidet, setzen sie dazu auf drei Verfahrenstypen: Auf Konzeptpflichten (dazu 2.), dialogische Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung (dazu 3.) sowie auf Dokumentations- und Begründungspflichten (dazu 4.). Die Maßstabbildung bereitet auch hier Schwierigkeiten (dazu 1.).

### 1. Was heißt Orientierung und (wie) lässt sie sich messen?

Orientierung bietet das Recht dann, wenn es seinen Adressaten ermöglicht, sich verlässliche Erwartungen darüber zu bilden, welches Verhalten die Rechtsordnung von ihnen verlangt, welche Ansprüche sie ihnen verleiht und welche Eingriffe sie von staatlicher Seite gewärtigen müssen. Da all dies Informationen über den Gehalt rechtlicher Ge- und Verbote voraussetzt, erstaunt es nicht, dass es nach klassischer Vorstellung gerade die inhaltlichen Festlegungen des Rechts sind, die Orientierung vermitteln. Normenklarheit und -bestimmtheit bilden für die Orientierungsfunktion des Rechts die zentralen Parameter.<sup>139</sup> Die pro-

<sup>138</sup> P. E. Tetlock/R. Boettger, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (392); siehe auch J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (569f.).

<sup>139</sup> Seinen Ausdruck findet das darin, dass die Vorhersehbarkeit staatlichen Verhaltens meist dem Bestimmtheitsgrundsatz zugeschrieben wird, siehe BVerfGE 118, 168 (188); C. Jehke, *Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht*, 2005, S. 59f.; U. M. Gassner, *Kriterienlose Ge-*

zeduralisierungstypische Vorstellung der Normkonkretisierung im Verfahren begegnet angesichts dessen der offensichtlichen Schwierigkeit, dass die Unge-  
 wissheit des Ausgangs zu den konstitutiven Merkmalen eines jeden Entschei-  
 dungsverfahrens gehört und erst der Verfahrensverlauf sie schrittweise absor-  
 biert.<sup>140</sup> Für die großräumigere Handlungsplanung bietet die einzelfallbezoge-  
 ne prozedurale Klärung der rechtlichen Erwartungen indes keinen verlässlichen  
 Rahmen. Blickt man auf die Analyse der obigen Referenzbereiche zurück, so  
 bezieht sich der Anspruch des Verfahrens, Einschränkung der Orientierungs-  
 funktion des materiellen Rechts auszugleichen, denn auch gerade nicht auf den  
 jeweils entscheidungsgegenständlichen Einzelfall, sondern auf künftige Fälle.  
 Wie gut es Verfahrensarrangements gelingt, für die eingeschränkte Orientie-  
 rungsfunktion des materiellen Rechts Ausgleich zu leisten, hängt folglich davon  
 ab, inwiefern sie zuverlässige Prognose über den Ausgang gleich oder ähnlich  
 gelagerter (Rechtskonkretisierungs-)Verfahren in der Zukunft erlauben. Die  
 entscheidende Frage lautet demnach: Welche fallübergreifenden (rechtlichen  
 oder faktischen) Bindungen erzeugt ein Verfahren? Und wie gut macht es diese  
 für die späteren Entscheidungsadressaten erkennbar? Mit Blick auf den Kom-  
 pensationsgedanken begegnet hier indes erneut die Malaise, dass offenbleibt,  
 wie viel Orientierung das Verfahren geben muss, um die vermeintlichen Defizite  
 des materiellen Rechts voll auszugleichen. Erschöpfen sich die Erwartungen  
 der entsprechenden Kompensationsbehauptung in der verfassungsrechtlichen  
 Forderung hinreichender Bestimmtheit oder gehen sie darüber noch hinaus?  
 Antworten hierauf gibt die Debatte bislang nicht.

## 2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten

Im Lichte dieser Erwägungen erbringen Verfahren ihre Orientierungsleistun-  
 gen dadurch, dass sie fallübergreifende Bindungen erzeugen, auf deren Grund-  
 lage sich verlässliche Erwartungen über die Ergebnisse künftiger Rechtskon-  
 kretisierungsverfahren bilden lassen. Legt man das zugrunde, so erscheinen  
 Konzeptpflichten in geradezu idealer Weise dazu geeignet, die Einschränkun-  
 gen der Orientierungsfunktion des materiellen Rechts zumindest teilweise zu  
 kompensieren: Konzepte stellen fallübergreifende, oft materielle Maßstäbe be-  
 reit, die eine Vielzahl an Folgeentscheidungen anleiten. Sie sind verbindlich,  
 weil sie mit der auch rechtlich durchsetzbaren Pflicht zur folgerichtigen Umset-

---

nehmungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1994, S. 156 ff.; B. Grzeszick, in: Dü-  
 rig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 58 (Stand: 97. Erg.-  
 Lfg. Januar 2022); H.-J. Papier/J. Möller, AöR 122 (1997), S. 177 (179); aus strafrechtlicher  
 Perspektive S. Erne, Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am  
 Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung, 2016, S. 68; kritisch zur Tendenz, die Vorausseh-  
 barkeit staatlichen Handelns zum Maßstab der Bestimmtheit einer Norm zu machen, R. Geit-  
 mann, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 94 ff.

<sup>140</sup> Grundlegend N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 9. Aufl. 2013, S. 47, 51, 60, 94.

zung bzw. zur Konzepttreue einhergehen. Und in der weit überwiegenden Mehrheit werden sie öffentlich bekannt gemacht und sind damit für jede und jeden zugänglich.<sup>141</sup>

Welchen Grad an Orientierung Konzepte bieten, lässt sich indes nicht verallgemeinern, sondern variiert in Abhängigkeit von deren Inhalt. So machen es zwar etwa die konkreten Grenzwertfestsetzungen immissionsschutzrechtlicher Konzepte leicht, sich auf die Erwartungen des Rechts einzustellen. Doch nicht überall räumen Konzeptvorgaben die bestehende Unsicherheit restlos aus. Und blickt man auf die Formulierung der vorgelagerten Konzeptpflichten selbst, so verlangen diese das auch regelmäßig nicht. Das Telekommunikationsregulierungsrecht etwa begnügt sich mit der Forderung, die Konzeptgeber müssten „ihre grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden“ beschreiben.<sup>142</sup> Und auch der Finanzausgleichsgesetzgeber muss die verfassungsrechtlichen Vorgaben lediglich durch „anwendbare, allgemeine, ihn selbst bindende Maßstäbe“ ergänzen, ohne dass damit das Entscheidungsergebnis bereits notwendigerweise bis ins letzte Detail hinein vorgeprägt wäre.<sup>143</sup>

Zum Ausgleich von Defiziten, die das materielle Recht im Hinblick auf die ihm zugedachte Orientierungsfunktion aufweist, vermögen Konzeptpflichten demnach durchaus beizutragen. Doch welchen Beitrag sie insofern leisten, hängt vom Grad der Feinprogrammierung ab, den sie verlangen.

### 3. *Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit*

In der Absicht, auszugleichen, dass das materielle Recht seine Orientierungsfunktion nur eingeschränkt erfüllt, verweist das Verwaltungsrecht vereinzelt auch auf die Pflicht, die (betroffene) Öffentlichkeit in das Entscheidungsverfahren einzubinden.<sup>144</sup> Die entsprechenden Kompensationserwartungen beruhen auf der Annahme, die Einbeziehung in das Verfahren werde bevorstehende Beeinträchtigungen (etwa im Planungsrecht) für die Betroffenen vorhersehbarer machen.<sup>145</sup> Der entsprechende Orientierungsgewinn dürfte sich allerdings regelmäßig darauf beschränken, über die der Öffentlichkeit zur Verfügung ge-

<sup>141</sup> Dass sie nicht immer wahrgenommen werden, unterscheidet sie freilich nicht von formellen Gesetzen, deren Orientierungsfunktion gemeinhin auch nicht deshalb in Zweifel gezogen wird, vgl. hierzu etwa *S. Oldenburg*, Die Öffentlichkeit von Rechtsnormen, 2009, S. 159 ff., insbes. 166 ff. Im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Orientierung kritisch zur fehlenden Publikationspflicht für die konzeptuelle Konkretisierung sog. gefährlicher Orte *T. Brockmann/F. Lücke*, NVwZ 2022, S. 1189 (1191).

<sup>142</sup> Siehe § 17 Abs. 1 TKG sowie dazu oben § 3 IV 2 b) bb).

<sup>143</sup> Siehe BVerfGE 101, 158 (215) sowie dazu § 3 V 1 a).

<sup>144</sup> Siehe etwa oben § 3 IV 4 d) bb) (2) und § 3 IV 4 d) aa) (2).

<sup>145</sup> So etwa *M. Stracke*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Übertragungsnetzausbau, 2017, S. 133.

stellten Pläne oder Antragsunterlagen von den genauen Konturen eines im Planungs- oder Genehmigungsverfahren befindlichen Projekts zu erfahren. Der Schwerpunkt liegt dann aber auf dem Tatsächlichen. Zur Beseitigung der normativen Ungewissheit, die aus den Spielräumen des materiellen Rechts resultiert, trägt auch die genaueste Kenntnis geplanter Vorhaben nichts bei. Hinzu kommt, dass die aus den Auslegungsunterlagen ersichtlichen Beeinträchtigungen durch das konkrete Projekt bis zur abschließenden Zulassungsentscheidung über dessen Ob und Wie unter dem Vorbehalt anschließender Anpassungen stehen. Als ertragreicher mag sich die Öffentlichkeitsbeteiligung dann erweisen, wenn sie stärker dialogische Züge annimmt und die staatlichen Stellen sie dazu nutzen, ihre (vorläufige) Abwägung der widerstreitenden Belange darzulegen und dabei in allgemeiner Weise zu erkennen geben, welches Gewicht sie diesen (auch jenseits des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts) zumessen. Nicht jede Form der Öffentlichkeitsbeteiligung bietet hierzu allerdings Gelegenheit. Nicht selten beschränkt sich die Einbindung der Betroffenen auf die unidirektionale Pflicht, diese anzuhören.<sup>146</sup> Erörterungstermine oder mündliche Verhandlungen, wie sie etwa das Regulierungsrecht kennt, gewinnen im Hinblick auf die Orientierungsfunktion des Verfahrens daher an Attraktivität. Aus gleich mehreren Gründen können indes selbst diese Formate die erhoffte Orientierungsleistung nicht ebenso effektiv erbringen wie inhaltlich bestimmte gesetzliche Vorgaben. Das hat nicht zuletzt mit dem begrenzten Teilnehmerkreis zu tun. So nimmt etwa am Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren die mit der späteren Entscheidung betraute Planfeststellungsbehörde gar nicht oder allenfalls als Zuschauerin teil.<sup>147</sup> Die Durchführung des Termins obliegt stattdessen der Anhörungsbehörde, die abschließend zwar zum Ergebnis der Erörterung Stellung nimmt, auf die zu erwartende Entscheidung aber schon deshalb keinen Ausblick geben kann, weil sie an dieser nicht beteiligt ist.<sup>148</sup> Und selbst wenn man davon absieht, bleibt die Orientierungsfunktion des Verfahrens aufgrund des begrenzten Zuständigkeitsbereichs der entscheidenden Behörde in ihrer Reichweite deutlich hinter derjenigen generell verbindlicher Gesetze zurück. Gewährt die Behörde Einblick in ihren Abwägungsvorgang, so mögen die damit erkennbaren Präferenzen es zwar ermöglichen, auch im Hinblick auf deren künftige Entscheidungen begründete Erwartungen zu bilden. Doch entfaltet sich die Orientierungswirkung eben nur innerhalb der begrenzten Kompetenzsphäre genau dieser Behörde.<sup>149</sup> Und auch im Hinblick

<sup>146</sup> Für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren etwa stellt § 10 Abs. 6 BImSchG die Durchführung eines Erörterungstermins in das Ermessen der Genehmigungsbehörde, *H. D. Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 10 Rn. 97.

<sup>147</sup> Hierzu *G. Gaentzsch*, in: Festschrift für D. Sellner, 2010, S. 219 (228).

<sup>148</sup> Siehe für das Planfeststellungsverfahren § 73 Abs. 6, 9 VwVfG.

<sup>149</sup> Diese Einschränkung erfährt freilich überall dort eine Relativierung, wo die fraglichen Entscheidungen bei einer Behörde zentralisiert sind, wie dies etwa für die BNetzA und den Gemeinsamen Bundesausschuss der Fall ist.

auf die Verlässlichkeit der Erwartungen erreicht die Hoffnung, eine Behörde werde mehrere Fälle wertungskonsistent entscheiden, schließlich nicht dasselbe Niveau wie die rechtliche Bindung an konkrete Gesetzesvorgaben. Ob sich die Schwächen der dem materiellen Recht zugedachten Orientierungsfunktion über Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung kompensieren lassen, erscheint angesichts dessen zweifelhaft.

#### 4. Kompensationseffekte von Begründungspflichten

Einige der damit aufgezeigten Limitierungen betreffen auch den Versuch, Orientierungsdefizite des materiellen Rechts durch Begründungspflichten aufzufangen. Begründungen, so lautet die zugrunde liegende Annahme, machen die für eine Entscheidung maßgeblichen Erwägungen und Wertungen nach außen hin sichtbar und erlauben eben hierdurch Rückschlüsse auf den voraussichtlichen Inhalt künftiger Entscheidungen. Gerade in den Bereichen, in denen die Direktionskraft des materiellen Rechts gering ist, sollen sie auf diese Weise Orientierung geben.<sup>150</sup>

Unausgesprochen beruht der damit erhoffte Effekt allerdings auf der nur empirisch zu prüfenden Prämisse, dass staatliche Stellen, die ihre Entscheidung begründen müssen, ihre dabei offengelegten Wertungen auch bei der Entscheidung künftiger Fälle konsistent fortsetzen und zur Anwendung bringen. Fehlt es an einer solchen Entscheidungskonsistenz, so erschöpft sich der Wert von Begründungserfordernissen in der Erläuterung bereits getroffener Entscheidungen, ohne zugleich eine verlässliche Grundlage für Erwartungen über das künftige Entscheidungsverhalten der betreffenden staatlichen Stelle zu bieten. Die experimentellen Befunde der psychologischen Forschung stimmen insofern allerdings optimistisch. So deuten einige Studien zum allgemeinen Entscheidungsverhalten darauf hin, dass Begründungserfordernisse gerade bei schwierigen, stark ungewissheitsbehafteten Problemstellungen die Entscheidungskonsistenz deutlich erhöhen.<sup>151</sup> Personen setzen die Art und Weise, wie sie bestimmte entscheidungsrelevante Informationen verarbeiteten, in späteren Entscheidungen demnach insbesondere dann folgerichtig fort, wenn sie ihre Entscheidung begründen müssen. Interessanterweise kommen die entsprechenden Untersuchungen dabei sogar zu dem Schluss, dass Begründungspflichten

<sup>150</sup> Dazu ausführlicher oben § 3 IV 5 vor a). Aufschlussreich und ausführlich zur dahinterliegenden Logik der Selbstbindung durch Gründe *F. Schauer*, *Stanford Law Review* 47 (1995), S. 633 (649): „giving a reason creates a prima facie commitment on the part of the reason giver to decide subsequent cases in accordance with that reason“.

<sup>151</sup> *R. H. Ashton*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 52 (1992), S. 292 (293, 299, 301); *R. Hagafors/B. Brehmer*, *Organizational Behavior and Human Performance* 31 (1983), S. 223 (230f.); *K. Takemura*, *Japanese Psychological Research* 35 (1993), S. 36 (39); siehe auch *D. R. Jones/D. Brown/P. Wheeler*, *Advances in Accounting Behavioral Research* 4 (2001), S. 187 (189).

die Einheitlichkeit von Entscheidungen selbst dann befördern, wenn unterschiedliche Personen für sie verantwortlich zeichnen. Pointiert formuliert: Müssen Entscheidungen begründet werden, steigert dies ihre Konsistenz, ohne dass es darauf ankäme, ob sie von ein und derselben Person getroffen wurden.<sup>152</sup> Begründungspflichten, so mag man etwas zugespitzt festhalten, fördern Einigkeit. Im Hinblick auf die Orientierungsfunktion von Begründungspflichten ist das deshalb von Bedeutung, weil es den Einwand, auch Begründungen bildeten nur im Hinblick auf künftige Entscheidungen derselben staatlichen Stelle eine verlässliche Prognosegrundlage, etwas entkräftet. Dass Begründungspflichten die Entscheidungskonsistenz deutlich steigern, bedeutet allerdings nicht, dass sie abweichende Entscheidungen völlig ausschließen.<sup>153</sup> Gerade im juristischen Kontext lehrt die Erfahrung, dass bei materiell nur schwach angeleiteten Abwägungen zuweilen selbst über begründungsbedürftige Entscheidungen Dissens besteht. Der Grad an Erwartungssicherheit, den Begründungspflichten bieten, bleibt daher selbst im Lichte der erwähnten positiven Effekte hinter demjenigen klar definierter inhaltlicher Gesetzesvorgaben zurück.

Dass die Orientierungsleistung von Begründungspflichten Grenzen unterliegt, illustrieren darüber hinaus auch experimentelle Studien, die zeigen, dass die Begründungen richterlicher Entscheidungen die tatsächlich entscheidungsleitenden Aspekte nicht immer zu erkennen geben. So ist es nicht ungewöhnlich, dass richterliche Entscheidungen auch von Faktoren beeinflusst werden, die für die Entscheidung keine Rolle spielen dürfen.<sup>154</sup> Wenig erstaunlich – für die Frage nach Entscheidungskonsistenz und Orientierungswirkung aber von großer Bedeutung – ist, dass selbst die Begründungen solcher Entscheidungen, für die sich ein derartiger Einfluss zweifelsfrei nachweisen lässt, die verbotenen Einflussfaktoren nicht ausweisen, sondern den unerlaubten Effekt dadurch kaschieren, dass sie auf andere Erwägungen abstellen.<sup>155</sup> Unabhängig von der – ungeklärten<sup>156</sup> – Frage, ob dies auf eine bewusste Verschleierung oder darauf

<sup>152</sup> R. H. Ashton, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 52 (1992), S. 292 (293, 299, 301); J. McMackin/P. Slovic, *Applied Cognitive Psychology* 14 (2000), S. 527 (537); R. M. Rozelle/J. C. Baxter, *Journal of Applied Psychology* 66 (1981), S. 437 (437, 439); siehe auch D. R. Jones/D. Brown/P. Wheeler, *Advances in Accounting Behavioral Research* 4 (2001), S. 187 (189).

<sup>153</sup> Das zeigen auch die soeben in Fn. 152 zitierten psychologischen Studien.

<sup>154</sup> Vgl. u. a. M. Bergius/E. Ernberg/C. Dahlman/F. Sarwar, *Law, Probability and Risk* 19 (2020), S. 157; H. Spamann/L. Klöhn/C. Jamin/V. Khanna/J. Z. Liu/P. Mamidi/A. Morell/I. Reidel, *Journal of Legal Analysis* 13 (2021), S. 110; A. J. Wistrich/J. J. Rachlinski/C. Guthrie, *Texas Law Review* 93 (2015), S. 855.

<sup>155</sup> J. Z. Liu/X. Li, *Journal of Empirical Legal Studies* 16 (2019), S. 630 (632ff., 656ff.); H. Spamann/L. Klöhn, *Journal of Legal Studies* 45 (2016), S. 255 (272); vgl. auch M. I. Norton/J. A. Vandello/J. M. Darley, *Journal of Personality and Social Psychology* 87 (2004), S. 817, die in einer Studie mit Laien ebenfalls zu dem Ergebnis kommen, dass Begründungen die tatsächlich entscheidungsleitenden Faktoren nicht immer widerspiegeln.

<sup>156</sup> J. Z. Liu/X. Li, *Journal of Empirical Legal Studies* 16 (2019), S. 630 (656f.).

zurückzuführen ist, dass die Richter sich des ungebührlichen Einflusses nicht bewusst waren, schmälert dies die Orientierungsleistung der Begründung merklich.<sup>157</sup> Denn werden bestimmte Entscheidungsdeterminanten gar nicht ausgewiesen, so spiegelt die Begründung das wahre Gewicht der tatsächlich angegebenen Erwägungen nicht wider.

Und schließlich erweist sich die Orientierungsleistung von Begründungserfordernissen gegenüber hinreichend bestimmten gesetzlichen Vorgaben auch deshalb als unterlegen, weil Begründungen behördlicher Entscheidungen nicht immer öffentlich bekannt gemacht werden, sondern oftmals allein den Entscheidungsadressaten zugehen.

### 5. Ergebnis

Lassen sich die Schwächen, die das materielle Recht im Hinblick auf die ihm zugeordnete Orientierungsfunktion aufweist, also durch Verfahren kompensieren? Konzeptpflichten und auch Begründungserfordernisse können hierzu im Grundsatz durchaus einen Beitrag leisten. Wie gut ihnen dies gelingt, hängt indes von ergänzenden Faktoren ab: Für Konzeptpflichten von der gebotenen Dichte der konzeptionellen Feinsteuerung, für Begründungspflichten insbesondere davon, dass die geschuldeten Gründe auch über den Kreis der unmittelbaren Entscheidungsadressaten hinaus publik gemacht werden. Der Mehrwert an Orientierung, den Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung generieren, ist hingegen gering.

## V. Kompensation von Schwächen der Gleichheitsfunktion des materiellen Rechts

Im Verwaltungsverfahren, das haben die obigen Überlegungen gezeigt, richtet sich der Kompensationsanspruch verfahrensrechtlicher Anforderungen auch auf die Defizite, die die materiellen Gesetzesvorgaben im Hinblick auf die ihnen zugeordnete Gleichheitsfunktion verzeichnen. Vor allem Konzept- (dazu 2.) und Begründungspflichten (dazu 3.), vereinzelt aber auch die Pflicht zur Ermittlung- und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen (dazu 4.) sowie zur Einbindung von Expertengremien (dazu 5.) sollen eine gleichheitsgerechte Rechtsanwendung dort gewährleisten, wo die gesetzlichen Vorgaben hierfür zu große Spielräume aufweisen. Doch wie lässt sich dieser Gleichheitseffekt messen

<sup>157</sup> Deutlich auch *J. Z. Liu/X. Li*, *Journal of Empirical Legal Studies* 16 (2019), S. 630 (658f.): „[P]roviding different reasons in response to undisclosed biasing factors can make reasoning elusive and misleading, and it can levy additional costs for individuals to ascertain and follow the law.“

(dazu 1.)? Und erfüllen die besagten Verfahrenspflichten die in sie gesetzten Hoffnungen? Die folgenden Überlegungen sollen hierauf Antwort geben.

### *1. Was heißt Gleichheit und (wie) lässt sie sich messen?*

Gleichheit impliziert Verallgemeinerung.<sup>158</sup> Materielle Gesetzesvorgaben leisten diese in gleich doppelter Hinsicht: Sie verknüpfen Tatbestandsvoraussetzungen, die über den Einzelfall hinausweisen, mit Rechtsfolgenanordnungen, die weder zwischen Rechtsanwendern noch zwischen Anwendungsfällen differenzieren. Auf diese Weise stellen sie sicher, dass Fälle, die maßgebliche Gemeinsamkeiten aufweisen, auch einheitlich entschieden werden. Und sie verhindern, dass Einzelfälle aufgrund sachfremder Erwägungen individualisiert oder nur deshalb anders beurteilt werden, weil deren Entscheidung unterschiedlichen staatlichen Stellen obliegt. Jedenfalls im Kontext der Gleichheitsfunktion des materiellen Rechts bilden die Einheitlichkeit und Konsistenz rechtlich angeleiteter Entscheidungen folglich den zentralen Gleichheitsmaßstab. Für die Leistungsfähigkeit von Verfahrenspflichten lautet die entscheidende Frage daher: Wie gut gelingt es Verfahrenspflichten sicherzustellen, dass staatliche Stellen die Spielräume des materiellen Rechts – nicht nur je individuell, sondern auch im Vergleich zueinander – nach konsistenten Maßstäben konkretisieren?

Welches Ausmaß die Gleichheitssicherung erreichen muss, um die entsprechenden Schwächen der materiell-rechtlichen Gesetzesvorgaben vollständig auszugleichen, ist den meist eher beiläufigen Kompensationsbehauptungen indes nicht zu entnehmen. Auch wenn es insofern nahe liegen mag, an die verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Art. 3 Abs. 1 GG anzuknüpfen, wiederholt sich so auch im Hinblick auf die Gleichheitsfunktion das bereits bekannte Problem, dass die Rede von der Kompensation durch Verfahren verschweigt, welcher Normalzustand durch den prozeduralen Ausgleich (wieder-)hergestellt werden soll.

### *2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten*

Dass die Erfüllung von Konzeptpflichten zur Konsistenz staatlicher Entscheidungen beiträgt, ist selbst ohne empirische Studien leicht zu erkennen. Konzepte zeichnen sich dadurch aus, dass sie fallübergreifende Maßstäbe etablieren, die eine Vielzahl gleichgelagerter staatlicher Entscheidungen und Maßnahmen verbindlich anleiten. Sie stellen auf diese Weise sicher, dass die betreffenden Entscheidungen anhand einheitlicher Kriterien oder sogar nach denselben punktgenauen Maßstäben getroffen werden. Wo sich eine staatliche Stelle mithilfe administrativer Konzepte selbst programmiert, beschränkt sich der gleichheits-

---

<sup>158</sup> Vgl. dazu und zur folgenden Erwägung *P. Kirchhof*, in: Dürig/Scholz/Herzog, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 1 Rn. 121, 131 (Stand: 75. Erg.-Lfg. September 2015).



fördernde Effekt zwar darauf, unterschiedliche Entscheidungen ein und derselben Behörde an einheitlichen Maßstäben auszurichten. Doch gehen Konzeptvorgaben auf die Entscheidung einer übergeordneten Stelle zurück, so fördern sie auch die inter-behördliche Entscheidungskonsistenz, indem sie darauf hinwirken, dass unterschiedliche staatliche Stellen Entscheidungen, die dem Anwendungsbereich eines Konzepts unterfallen, nach den in ihm statuierten Vorgaben treffen.

Was Konzeptpflichten in Sachen Gleichheitssicherung genau leisten, entscheidet sich angesichts dessen auch danach, auf welcher Stufe der Organisationshierarchie die Konzeptentwicklung angesiedelt ist. Und auch die oben bereits mehrfach in Erinnerung gerufenen Unterschiede hinsichtlich der von Konzeptpflichten geforderten Dichte der zu entwickelnden Konzepte wirkt selbstverständlich auf den Grad der Vereinheitlichung, die diese leisten, zurück.

### 3. Kompensationseffekte von Begründungspflichten

Die Hoffnung, durch Verfahrensvorkehrungen ausgleichen zu können, dass die Offenheit materiell-rechtlicher Vorgaben Ungleichheiten in der Rechtsanwendung provoziert, verbindet sich neben Konzeptpflichten vor allem mit Begründungspflichten. Staatliche Stellen, die ihre Entscheidung begründen müssen, werden – so die zugrundeliegende Annahme – die dabei offengelegten Wertungen und Erwägungen auch bei der Entscheidung künftiger Fälle konsistent fortsetzen und zur Anwendung bringen.<sup>159</sup> Wie bei der Bewertung der Orientierungsfunktion von Begründungserfordernissen bereits gezeigt, ist diese Annahme in empirischer Hinsicht keinesfalls aus der Luft gegriffen. Vielmehr belegt die psychologische Forschung, dass Begründungserfordernisse gerade bei schwierigen, stark ungewissheitsbehafteten Problemstellungen die Entscheidungskonsistenz deutlich erhöhen.<sup>160</sup> Müssen Entscheiderinnen und Entscheider ihre Entscheidung begründen, so trägt das merklich dazu bei, dass sie ihre Bewertung entscheidungsrelevanter Aspekte in späteren Entscheidungen folgerichtig fortsetzen. Angesichts dessen tragen Begründungserfordernisse erstens dazu bei, die Gleichmäßigkeit sukzessiver Entscheidungen ein und desselben staatlichen Entscheidungsträgers zu gewährleisten.

Bemerkenswerterweise begünstigen Begründungspflichten die Gleichheit des Gesetzesvollzugs zweitens auch dadurch, dass sie die Urteile unterschied-

<sup>159</sup> Vgl. *F. Schauer*, *Stanford Law Review* 47 (1995), S. 633 (649): „giving a reason creates a prima facie commitment on the part of the reason giver to decide subsequent cases in accordance with that reason“.

<sup>160</sup> *R. H. Ashton*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 52 (1992), S. 292 (293, 299, 301); *R. Hagafors/B. Brehmer*, *Organizational Behavior and Human Performance* 31 (1983), S. 223 (230f.); *K. Takemura*, *Japanese Psychological Research* 35 (1993), S. 36 (39); siehe auch *D. R. Jones/D. Brown/P. Wheeler*, *Advances in Accounting Behavioral Research* 4 (2001), S. 187 (189).

licher Entscheidungsträger einander annähern. Bedürfen Entscheidungen einer Begründung, so steigert dies ausweislich der psychologischen Befunde ihre Einheitlichkeit, ohne dass es darauf ankäme, ob sie von ein und derselben Person getroffen wurden.<sup>161</sup> Begründungspflichten, so lässt sich dies zusammenfassen, fördern Einigkeit. Ihr gleichheitsfördernder Effekt gewinnt damit eine inter-personelle Dimension. Freilich lassen auch die empirischen Befunde völlige Einhelligkeit nicht erwarten. Klar definierte inhaltliche Gesetzesvorgaben sind gegenüber Begründungspflichten daher im Hinblick auf die ihnen zuge dachte Gleichheitsfunktion überlegen.

#### 4. *Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten*

Wie die obige Durchsicht kompensatorischer Verfahrensstrukturen gezeigt hat, wird vereinzelt auch Ermittlungs- und Bewertungspflichten eine Gleichheitsfunktion attestiert. So verlangt das Polizeirecht die Erstellung und Beurteilung eines Lagebilds, um zu gewährleisten, dass die Konkretisierung offen gefasster ortsbezogener Tatbestandsmerkmale – etwa im Rahmen von Befugnissen, die nur an Orten zu Eingriffen ermächtigen, an denen „erfahrungsgemäß Straftäter sich verbergen, Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben“ oder die „von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität“ sind – nicht dem Belieben des jeweiligen Rechtsanwenders überlassen bleibt, sondern sich aufgrund der Rückbindung an die Realbedingungen an objektiven und damit gleichheitssichernden Maßstäben orientiert.<sup>162</sup> Regelmäßig fordern die Gerichte dabei ein, dass die Lageanalyse auf einer übergeordneten Verwaltungsebene durchgeführt und deren Ergebnis den untergeordneten Stellen hierarchisch vorgegeben wird.<sup>163</sup> Infolgedessen erreichen die Ermittlungs- und Bewertungspflichten ihren gleichheitssichernden Effekt dadurch, dass sie – in ähnlicher Weise wie administrative Konzepte<sup>164</sup> – die handlungsleitenden Maßstäbe einzelfallübergreifend konkretisieren. Sofern sich die Lagebeurteilung – wie dies regelmäßig der Fall sein wird – nicht nur auf einen spezifischen Ort bezieht, sondern einen größeren räumlichen Bereich, etwa ein ganzes Stadtgebiet, erfasst, trägt die übergeordnete Ermittlung und Bewertung der Situation zudem auch dadurch zur Entscheidungskonsistenz bei, dass die Beurteilung

---

<sup>161</sup> R. H. Ashton, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 52 (1992), S. 292 (293, 299, 301); J. McMackin/P. Slovic, *Applied Cognitive Psychology* 14 (2000), S. 527 (537); R. M. Rozelle/J. C. Baxter, *Journal of Applied Psychology* 66 (1981), S. 437 (437, 439); siehe auch D. R. Jones/D. Brown/P. Wheeler, *Advances in Accounting Behavioral Research* 4 (2001), S. 187 (189).

<sup>162</sup> Siehe oben § 3 IV 2 c) und § 3 IV 3 b).

<sup>163</sup> So etwa MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156); VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 220.

<sup>164</sup> Zu dieser Ähnlichkeit bereits oben § 3 IV 3 b) m. Nachw.

unterschiedlicher Orte innerhalb des erfassten Bereichs nach einheitlichen Maßstäben erfolgt.

Ob auch Ermittlungs- und Bewertungspflichten, die nicht auf einer übergeordneten Ebene erfüllt werden, zur Gleichheitssicherung beitragen, ist hingegen weit weniger klar. Jedenfalls in den oben analysierten Bereichen verbindet sich mit ihnen nicht die Erwartung, einen gleichheitsgerechten Gesetzesvollzug zu sichern. Vielmehr bleibt diese auf die skizzierte polizeirechtliche Sonderkonstellation begrenzt.

### 5. *Kompensationseffekte von Expertenbeteiligung*

Der Versuch, Defizite, die das materielle Recht im Hinblick auf die ihm zuge dachte Gleichheitsfunktion aufweist, durch die Einbindung von Expertengremien zu kompensieren, bildet ebenfalls eine seltene Ausnahme. In den oben analysierten Rechtsbereichen ließ er sich einzig für das Gesundheitsrecht nachweisen, wo die Einbindung des IQWiG in die Entscheidungsbildung des GBA für eine „institutionelle Beliebigkeitshemmung“<sup>165</sup> sorgen, also willkürliche Entscheidungen verhindern und auf diese Weise eine gleichheitsgerechte Konkretisierung der offenen materiell-rechtlichen Vorgaben sicherstellen soll.<sup>166</sup> Doch wird die Beteiligung des IQWiG diesen Erwartungen gerecht? Optimistisch stimmt insofern, dass § 139a Abs. 4 SGB V das IQWiG auf die wissenschaftlichen Arbeitsmethoden der evidenzbasierten Medizin sowie die international anerkannten Standards der Gesundheitsökonomie verpflichtet. Die vom IQWiG gewonnenen Ergebnisse versprechen angesichts dessen einen Grad an Objektivität und Allgemeinheit, der konsistente Bewertungsmaßstäbe gewährleistet, sachfremde Erwägungen ausschließt und willkürlichen Individualisierungen vorbeugt. Der GBA ist an die Stellungnahmen des IQWiG indes rechtlich nicht gebunden. Vielmehr handelt es sich lediglich um Empfehlungen, die beim Richtlinienenerlass durch den GBA zwar berücksichtigt, aber nicht streng beachtet werden müssen.<sup>167</sup> Wirkungen versprechen diese aber dennoch. So ist in der psychologischen Forschung, die den Einfluss derartiger Empfehlungen unter dem Topos des „advice taking“ untersucht,<sup>168</sup> gut belegt, dass Ratschläge und Empfehlungen das Entscheidungsverhalten ihrer Adressaten auch ungeachtet ihrer fehlenden Bindungswirkung beeinflussen.<sup>169</sup> Besonders ausgeprägt

<sup>165</sup> S. Rixen, MedR 2008, S. 24 (27).

<sup>166</sup> Oben § 3 IV 4 c) cc).

<sup>167</sup> Siehe § 139b Abs. 4 S. 1 SGB V sowie zur Berücksichtigungspflicht E. Hauck, NZS 2007, S. 461 (464); S. Rixen, MedR 2008, S. 24 (28).

<sup>168</sup> Einen noch immer guten Überblick bietet S. Bonaccio/R. S. Dalal, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 101 (2006), S. 127.

<sup>169</sup> Dass Ratschläge das Entscheidungsverhalten beeinflussen, scheint in der entscheidungswissenschaftlichen Forschung derart unbestritten zu sein, dass sich die einschlägigen Untersuchungen vorrangig darauf konzentrieren, die Intensität des Einflusses oder die zu-

ist dieser Einfluss nachweislich dann, wenn die Handlungsempfehlung von Experten stammt,<sup>170</sup> die Komplexität der zu treffenden Entscheidung groß ist<sup>171</sup> und auch die Entscheidungsträgerin kein Laie ist, sondern in professioneller Eigenschaft entscheidet<sup>172</sup>. Auf das Verhältnis von IQWiG und GBA trifft beides zu. Wenngleich die Einbindung des IQWiG die Spielräume der materiell-rechtlichen Vorgaben formal bestehen lässt, lässt sie so folglich doch erwarten, dass deren Konkretisierung seitens des GBA durch die Empfehlungen des IQWiG derart vorgeprägt wird, dass sich der Raum für gleichheitsgefährdende Beliebigkeit reduziert. Zum Verschwinden bringen vermögen sie ihn indes nicht. Zumindest graduell bleibt der Gleichheitseffekt rein konsultativer Expertenbeteiligungen daher hinter demjenigen eindeutiger materiell-rechtlicher Vorgaben zurück.

## 6. *Ergebnis*

Schwächen der Gleichheitsfunktion lassen sich angesichts dieser Überlegungen sowohl durch Konzept- und Begründungspflichten als auch durch die beratende Einbindung von Experten und Sachverstand abmildern. Und selbst Ermittlungs- und Bewertungspflichten können zum Ausgleich der defizitären Gleichheitsgewährleistung durch das materielle Recht beitragen, wenn sie auf eine fallübergreifende Ebene vorgezogen werden. Ob sich die Defizite des materiellen Rechts durch all diese Anforderungen vollständig ausgleichen lassen, ist indes ungewiss. Schließlich definiert die Kompensationsthese auch im Hinblick auf die Gewährleistung von Gleichheit keinen klaren Zielzustand.

---

grundlegenden Wirkungsmechanismen zu analysieren, siehe aus der umfangreichen Literatur insbes. *S. Bonaccio/R. S. Dalal*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 101 (2006), S. 127 (129ff.) und *A. Schotter*, *American Economic Review* 93 (2003), S. 196 (197ff., zusf. 201: „advice tends to be followed, changes behavior, and is welfare-improving“) sowie ferner etwa *D. Läpple/B. L. Barham*, *Journal of Behavioral and Experimental Economics* 80 (2019), S. 92 (99f.); *D. Meshi/G. Biele/C. W. Korn/H. R. Heekeren*, *PLOS One* 7 (2012), e49748, insbes. S. 5, 8, 10; *N. Pescetelli/A.-K. Hauperich/N. Yeung*, *Cognition* 215 (2021), 104810, insbes. S. 5.

<sup>170</sup> Zum besonderen Einfluss von Expertenrat *H. Jungermann/K. Fischer*, in: Betsch/Haberstroh (Hrsg.), *The routines of decision making*, 2005, S. 157 (163 ff., 167 ff.); *D. Meshi/G. Biele/C. W. Korn/H. R. Heekeren*, *PLOS One* 7 (2012), e49748, S. 5, 10; *J. A. Sniezek/G. E. Schrab/R. S. Dalal*, *Journal of Behavioral Decision Making* 17 (2004), S. 173; siehe auch *G. E. Schrab/R. S. Dalal/J. A. Sniezek*, *Journal of Behavioral Decision Making* 19 (2006), S. 43 (45) m. w. Nachw.; vgl. aber auch *D. Läpple/B. L. Barham*, *Journal of Behavioral and Experimental Economics* 80 (2019), S. 92 (99f.).

<sup>171</sup> *G. E. Schrab/R. S. Dalal/J. A. Sniezek*, *Journal of Behavioral Decision Making* 19 (2006), S. 43 (52f., 58).

<sup>172</sup> Siehe hierzu *D. Önkall/M. S. Gönül/P. Goodwin/M. Thomson/E. Öz*, *International Journal of Forecasting* 33 (2017), S. 280, die zu dem Ergebnis kommen, dass für professionelle Entscheider vor allem die aufgrund formeller Kriterien (insbes. Beruf, Ausbildung etc.) angenommene Expertise des Ratgebers von Bedeutung ist, weniger hingegen die Erfahrung, dass er oder sie in der Vergangenheit zutreffende Prognosen bzw. Empfehlungen abgegeben hat.

## VI. Kompensation von Schwächen der Entlastungsfunktion des materiellen Rechts

Im Kontext der Diskussion über prozedurale Wissensgenerierung<sup>173</sup> wird Entscheidungsverfahren darüber hinaus auch die Fähigkeit zugesprochen, einen Ausgleich für die Schwächen zu leisten, die das materielle Recht im Hinblick auf die ihm zugeordnete Entlastungsfunktion aufweist. Die Analyse der Referenzgebiete im vorangegangenen Kapitel hat gezeigt, dass es in erster Linie Vorgaben zur Einbindung von Expertengremien (dazu 2.), Strukturen der Öffentlichkeitsbeteiligung (dazu 3.) und Beobachtungs- und Überprüfungspflichten sind, die diese Entlastungsfunktion übernehmen und die entsprechenden materiell-rechtlichen Defizite kompensieren sollen. Ob sie diese Erwartung erfüllen, lässt sich nur vor dem Hintergrund der einschlägigen Maßstäbe (dazu 1.) beurteilen.

### 1. Was heißt Entlastung und (wie) lässt sie sich messen?

Materiell-rechtliche Gesetzesvorgaben entlasten die Administrative auf zweierlei Weise: Soweit die gesetzliche Vorsteuerung reicht, nimmt das Gesetz der Verwaltung erstens die Aufgabe ab, kollidierende Interessen einem angemessenen Ausgleich zuzuführen; und sofern die gesetzlichen Vorgaben regelungsrelevantes Wissen speichern und vermitteln, befreien sie die Rechtsanwendung zweitens von der Aufgabe, eben diese Wissensbestände selbst zu erheben.<sup>174</sup> Den Maßstab für die Entlastungsleistung prozeduraler Vorkehrungen bildet demnach die Frage, inwieweit die entsprechenden Verfahrensvorgaben gewährleisten, dass staatliche Stellen die von ihren Entscheidungen betroffenen Interessen nicht mehr selbst in ein angemessenes Verhältnis bringen müssen und inwiefern sie die Entscheidungsträger von der Aufgabe entbinden, das für ihre Entscheidungen erforderliche (Regelungs-)Wissen selbst zu generieren oder zu ermitteln. In beiden Varianten zeigt dieser Maßstab: Entlastung ist auf Delegation angewiesen. Mit Blick auf die Intensität der Entlastungsleistung erlaubt dies zahlreiche Abstufungen: Schöpft das Mandat des Delegatars den Spielraum der materiell-rechtlichen Vorgaben inhaltlich ganz aus oder erstreckt es sich lediglich auf Teilfragen? Ist seine Einschätzung verbindlich oder gibt er nur Empfehlungen ab, die anschließend ihrerseits bewertet und entsprechend gewichtet werden müssen? Muss die mit der abschließenden Entscheidung betraute staatliche Stelle den Delegatar selbst bestimmen und wie viel Spielraum bleibt ihr bei dieser Auswahl? Oder kurz: Wieviel Verantwortung für die Konkretisierung epistemischer und normativer Spielräume verbleibt den staatlichen Entschei-

<sup>173</sup> Siehe dazu statt vieler *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 54 ff.; *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009.

<sup>174</sup> Siehe oben § 3 III 1 c).

dungsträgern noch und wieviel wird ihnen durch die Gestaltung des Verfahrens abgenommen? Exakt quantifizieren lässt sich das freilich nicht. Doch gerade angesichts dessen helfen die skizzierten Kriterien dabei, Unterschiede in der Entlastungsleistung prozeduraler Arrangements zumindest grob kenntlich zu machen und gegenüberzustellen.

## 2. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung von Expertengremien

Zu den Verfahrensvorkehrungen, von denen sich das Recht einen Ausgleich für die verringerte Entlastungsleistung materiell-rechtlicher Vorgaben verspricht, zählt zunächst die Einbindung von Expertengremien und anderen sachverständigen Stellen.<sup>175</sup> In fachwissenschaftlich komplexen Regelungsbereichen obliegt ihnen die Aufgabe, das Regelungskwissen bereitzustellen, auf das die Verwaltung zur Konkretisierung offener Gesetzesvorgaben angewiesen ist. Ungeachtet der Frage, ob ihnen dies gelingt, sind die Grenzen ihres Entlastungseffekts evident:

Erstens beschränkt sich ihre Beteiligung beinahe durchweg auf bloße Anhörungsrechte, die zwar Gelegenheit zur Stellungnahme bieten, deren Ergebnisse aber rechtlich nicht verbindlich sind. Mal sind sie zu berücksichtigen,<sup>176</sup> mal muss sich die entscheidende Stellen ernsthaft bemühen, Einvernehmen herzustellen,<sup>177</sup> aber strikt zu beachten sind die Eingaben von sachverständiger Seite (in den hier untersuchten Bereichen) nicht. Weil die Berücksichtigung externer Expertise aber zumindest die Entscheidung darüber voraussetzt, ob es überzeugende Gründe gibt, ihr nicht zu folgen, setzen auch derartige Berücksichtigungspflichten eine wertende Auseinandersetzung mit den zur Verfügung gestellten Informationen voraus. Weder entlassen sie die Verwaltung daher aus ihrer Verantwortung, noch ersparen sie ihr die eigenständige Befassung mit den entscheidungsrelevanten Wissensfragen.

All das zeigt sich zweitens auch daran, dass eine jede Anhörung einen klaren Gegenstand voraussetzt. In aller Regel bleibt es daher den entscheidungstragenden Stellen oder den privaten Vorhabenträgern überlassen, zunächst einen Entscheidungsentwurf zu erstellen, der den anzuhörenden Gremien und Sachverständigen als Grundlage unterbreitet wird. Die Entlastungsfunktion externer Expertise setzt damit zu einem Zeitpunkt ein, zu dem die verantwortliche Stelle bereits erheblichen Aufwand betrieben hat, um einen Entscheidungsvorschlag zu präsentieren. Ohne zumindest vorläufige Abwägung der betroffenen

<sup>175</sup> Siehe oben § 3 IV 4 c).

<sup>176</sup> So etwa für die Anhörung der beteiligten Kreise nach § 51 BImSchG *M. Thiel*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. Erg.-Lfg. September 2021, § 51 Rn. 26; für die Einbeziehung der ZKBS im Gentechnikrecht siehe § 16 Abs. 5 S. 2 i. V. m. § 10 Abs. 7 S. 3, 4 GenTG.

<sup>177</sup> So insbes. für die Beteiligung von Bundesamt für Naturschutz, Robert Koch-Institut und Bundesinstitut für Risikobewertung im Rahmen gentechnikrechtlicher Freisetzung- oder Inverkehrbringensgenehmigungen, siehe § 16 Abs. 4 GenTG.

Interessen und ohne eine wenigstens kursorische Befassung mit dem relevanten Regelungswissen gelingt dies nicht. Auch insofern bleibt der entlastende Effekt, den die Einbindung von Expertengremien verspricht, folglich hinter demjenigen materiell-rechtlicher Vorgaben zurück.

Wo sachverständige Gremien nicht in konkrete Verfahren eingebunden sind, sondern die Arbeit der entscheidungsverantwortlichen Stellen durch gutachterliche Stellungnahmen zu wissenschaftlichen Fragen im jeweiligen Arbeitsbereich kontinuierlich begleiten, reduziert sich deren Entlastungswirkung schließlich drittens auch deshalb, weil die Verwertung der abstrakt aufgearbeiteten Wissensbestände eine Transferleistung voraussetzt. Sie verlangt der Behörde die eigenständige Aneignung und Interpretation der gewonnenen Informationen ab und fordert zugleich eine wertende Entscheidung über die Relevanz des präsentierten Wissens ein. Die Letztverantwortung für die Auswahl und Übertragung herangezogener Wissensbestände verbleibt demnach bei ihr. Gerade bei plural besetzten Gremien, in denen – teils disziplinar bedingt – widerstreitende Ansichten zum Ausdruck kommen, ist das eine nicht zu vernachlässigende Bürde.<sup>178</sup>

### 3. *Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit*

Noch in gesteigertem Maße treffen einige dieser Einwände auch den Versuch, die eingeschränkte Entlastungsfunktion des materiellen Rechts durch die Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit zu kompensieren.<sup>179</sup> Ebenso wie in Bezug auf die Beteiligung externer Expertengremien setzt das Recht auch im Hinblick auf die Öffentlichkeitsbeteiligung beinahe durchweg auf Anhörungspflichten, denen auf Seiten der Mitglieder der einbezogenen Öffentlichkeit das Recht zur Stellungnahme korrespondiert. Die entscheidungsverantwortlichen staatlichen Stellen sind an die entsprechenden Stellungnahmen auch hier nicht strikt gebunden, sondern lediglich zu deren Berücksichtigung verpflichtet. Die Verantwortung für die Konkretisierung offen gefasster materiell-rechtlicher Direktiven nimmt die Öffentlichkeitsbeteiligung den Behörden damit nicht ab. Im Gegenteil belässt sie diese der Verwaltung aus gutem Grund: Die Vielzahl stellungnahmeberechtigter Akteure provoziert die Schwierigkeit, dass unterschiedliche Informationen zusammengeführt und in ihrer Bedeutung für die zu

<sup>178</sup> Ein prominentes Beispiel hierfür bildet der Deutsche Ethikrat, der gem. § 4 Abs. 2 EthRG ein „plurales Meinungsspektrum“ abbilden soll und in der Folge gem. § 7 Abs. 3 EthRG und § 10 Abs. 2 S. 4 seiner Geschäftsordnung auch Sondervoten zulässt, vgl. hierzu S. Vöneky, *Recht, Moral und Ethik*, 2010, S. 307f., die betont, dass die Funktion des Ethikrates insofern eben auch darin bestehe, „verschiedene vernünftige Lösungen“ aufzuzeigen. Auch im Gentechnikrecht kann gem. § 11 Abs. 3 ZKBSV den Stellungnahmen der ZKBS ein Minderheitsvotum angefügt werden.

<sup>179</sup> Zur Entlastungsfunktion der Einbindung der Öffentlichkeit siehe oben § 3 IV 4 d) aa) (1), bb) (2) sowie zusammenfassend § 3 IV 4 d) dd).

treffende Entscheidung bewertet werden müssen.<sup>180</sup> Zudem gehen Interessenbekundungen, bloße Meinungsäußerungen und verlässliche Tatsachenbefunde in Stellungnahmen aus der allgemeinen Öffentlichkeit fließend ineinander über und selbst Widersprüche zwischen eingebrachten Informationen sind – nicht zuletzt deshalb, weil die Eingaben der Öffentlichkeit nicht die Ergebnisse wissenschaftlicher Analysen darstellen – nicht ausgeschlossen. Angesichts dessen schafft erst die auf eine bloße Berücksichtigungspflicht zurückgenommene Bindung der staatlichen Stellen den notwendigen Raum für die unverzichtbare Abgrenzung und Bewertung seitens der Entscheidungsverantwortlichen. Vor dem Hintergrund dieser Notwendigkeit, die oftmals unkoordinierten Stellungnahmen der Öffentlichkeit eingehend und eigenständig zu bewerten, fällt der Entlastungseffekt, den Strukturen der Öffentlichkeitsbeteiligung versprechen, umso geringer aus, je größer und je laienhafter der Kreis der beteiligten Öffentlichkeit ist. Ist die Einbindung der Öffentlichkeit über die repräsentative Beteiligung an feststehenden Beratungsgremien institutionalisiert, die gegenüber den staatlichen Entscheidungsträgern mit einer einheitlichen Stimme sprechen, so nimmt der Entlastungseffekt hingegen deshalb zu, weil die auszugleichenden Divergenzen bereits im Vorfeld intern ausgeräumt werden. Das Manko, dass den staatlichen Entscheidungsträgern weder die Vorbereitung der anhörungsgegenständlichen Entscheidungsentwürfe noch die wertende Auseinandersetzung mit den Anhörungsergebnissen abgenommen wird, besteht indes auch in diesen Fällen fort.<sup>181</sup> Der Entlastungseffekt der Öffentlichkeitsbeteiligung bleibt angesichts dessen begrenzt.

#### 4. *Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten*

Beobachtungs- und Überprüfungspflichten leisten zum Ausgleich der eingeschränkten Entlastungsfunktion des materiellen Rechts schließlich ebenfalls keinen entscheidenden Beitrag. Wenngleich Beobachtungs- und Überprüfungspflichten die staatliche Wissensgenerierung auf Dauer stellen und auf diese Weise durchaus dazu beitragen können, dass sich Entscheidungsträger diejenigen Wissensbestände erschließen, die in den offenen materiell-rechtlichen Vorgaben noch keinen Niederschlag gefunden haben, so entlasten sie diese doch deshalb nicht, weil es gerade die entscheidungsverantwortlichen Stellen selbst sind, denen die Beobachtung und Überprüfung obliegt. Sie mögen daher den verringerten Informationsgehalt vager Gesetzesprogramme auffangen, doch der Einsicht, dass Entlastung Delegation voraussetzt,<sup>182</sup> tragen sie nicht Rechnung.

<sup>180</sup> Zur Irrelevanz eines Großteils der Informationen *G. Gaentzsch*, in: Festschrift für D. Sellner, 2010, S. 219 (233 f.).

<sup>181</sup> Zu diesen Schwachstellen bereits soeben im Rahmen der Einbindung von Expertengremien, § 4 VI 2.

<sup>182</sup> Dazu oben § 4 VI 1.



### 5. Ergebnis

Insgesamt lässt sich demnach festhalten: Anders als Beobachtungs- und Überprüfungsspflichten kann die Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit, vor allem aber die Beteiligung von Expertengremien dazu beitragen, die reduzierte Entlastungsfunktion des materiellen Rechts aufzufangen. Dass sowohl sachverständige Stellen als auch die allgemeine Öffentlichkeit regelmäßig rein konsultativ beteiligt werden, schränkt den Entlastungseffekt der einschlägigen Beteiligungsvorgaben indes deutlich ein.

## VII. Kompensation von Schwächen der Legitimationsfunktion des materiellen Rechts

Zuletzt beanspruchen Verfahrensanforderungen auszugleichen, dass das materielle Recht mit zunehmender Offenheit auch die ihm zugeordnete Legitimationsfunktion nur noch eingeschränkt erfüllt. Nimmt die Dichte inhaltlicher Direktiven ab, so reduziert sich zugleich die Intensität, mit der sie Verwaltungsentscheidungen an den Willen des demokratisch gewählten Parlaments rückbinden.<sup>183</sup> In der Absicht, dies auszugleichen, setzt das Recht auf Konzeptpflichten (dazu 2.) und bindet sowohl staatliche Stellen mit Kontrollfunktion (dazu 3.) als auch die allgemeine Öffentlichkeit (dazu 4.) in Entscheidungsverfahren ein.<sup>184</sup> Doch gleicht dies die eingeschränkte Legitimationsleistung des materiellen Rechts aus? Die Antwort hierauf hängt nicht zuletzt davon ab, welches Legitimationskonzept man zugrunde legt. Inwiefern die fraglichen Verfahrenspflichten auch die eigentlich dem materiellen Recht zugeordnete Legitimationsfunktion übernehmen können, lässt sich daher auch im Folgenden nur ausgehend von einer knappen Durchsicht der einschlägigen Theorieangebote (dazu 1.) beantworten.

### 1. Was heißt Legitimation und (wie) lässt sie sich messen?

Obwohl nicht nur in der Rechtswissenschaft schon seit langem vielfach auf die Kategorie (demokratischer) Legitimation Bezug genommen wird, hat sich eine einheitliche Begriffsverwendung bislang nicht durchgesetzt.<sup>185</sup> In der Diskussion darüber, ob und wie die Begriffe Legitimation und Legitimität voneinander abzugrenzen sind, zeigen sich die insofern offenen Fragen besonders deut-

<sup>183</sup> Vgl. dazu oben § 3 III 1 b).

<sup>184</sup> Sie die Ergebnisse oben § 3 IV 2 f), IV 4 a) ff), IV 4 d) dd).

<sup>185</sup> E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 26 ff.; siehe auch H.-J. Menzel, Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?, 1980, S. 17; U. Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 150.

lich.<sup>186</sup> Sie erneut aufzuarbeiten, erscheint hier aber schon deshalb erlässlich, weil für die Frage danach, ob prozedurale Anforderungen ausgleichen können, dass das materielle Recht seine Legitimationsfunktion nur eingeschränkt erfüllt, allein entscheidend ist, welche Vorstellung von Legitimation eben dieser Funktionszuschreibung zugrunde liegt.<sup>187</sup> Knüpft man hieran an, so erweist sich Legitimation als normative und im weitesten Sinne verfahrensbezogene Kategorie: Normativ, weil sie die wertende Beurteilung betrifft, ob und inwiefern (staatliche) Herrschaft gerechtfertigt werden kann, also Anerkennung verdient; und verfahrensbezogen, weil sie auf die Art und Weise verweist, auf die das Recht diese Anerkennungswürdigkeit herstellt. Auch die Legitimationsleistung von Verfahrenspflichten bemisst sich angesichts dessen daran, inwiefern die durch sie institutionalisierten Vorgänge gute Gründe dafür schaffen, die Herrschaftsansprüche, die mit der verfahrensabschließenden Entscheidung einhergehen, als berechtigt zu akzeptieren.

Der Kanon der Faktoren, auf die die Anerkennungswürdigkeit hoheitlicher Handlungen in der philosophischen, rechts- und politikwissenschaftlichen Diskussion zurückgeführt wird, ist freilich vielstimmig. Im Hinblick auf die Kompensationsansprüche der hier diskutierten Verfahrensanforderungen versprechen vor allem vier Legitimationskonzepte Ertrag: Die Legitimation durch Wahlen (dazu lit. a) und Kontrolle (dazu lit. b), durch Partizipation (lit. c) und Deliberation (dazu lit. d).<sup>188</sup> Um die Leistungsfähigkeit der hier untersuchten Verfahrensanforderungen zu beurteilen, ist es dabei nicht erforderlich, den Verästelungen der jeweiligen Theorien bis ins Letzte nachzuspüren. Vielmehr genügt es, sie in ihren groben Zügen zu skizzieren.

#### a) Legitimation durch Wahl

Legitimation, so lautet die traditionelle Auffassung in der deutschen Verfassungsrechtslehre, sichert das Recht dadurch, dass es das hoheitliche Handeln des Staates auf den in demokratischen Wahlen zum Ausdruck kommenden Wil-

<sup>186</sup> Siehe dazu *P. Brandl-Michel*, Maßstäbe demokratischer Legitimation, 2021, S. 27 ff.; *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, 2020, S. 140, 141 f.; ausführlich zu den Begriffen unter anderem *U. Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 149 ff.; *ders.*, Legitimität, 2020, S. 15 ff.; *M.-M. Siebke*, Legitimation, Legitimität und europäische Menschenwürde, 2018, S. 23 ff., 75 ff.; *T. Würtenberger*, Die Legitimität staatlicher Herrschaft, 1973; *ders.*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 3, 1982, S. 677; vgl. zu unterschiedlichen Begriffsverständnissen auch *S. Vöneky*, Recht, Moral und Ethik, 2010, S. 130 ff.

<sup>187</sup> Zur Legitimationsfunktion des materiellen Rechts oben § 3 III 1 b), III 2 b).

<sup>188</sup> Außen vor bleiben damit insbesondere die Formen der individuellen Legitimation (zum Konzept *C. Möllers*, Gewaltgliederung, 2005, S. 27 ff., insbes. 41 ff.; *ders.*, Die drei Gewalten, 2008, S. 75 ff.), die aufgrund ihrer Nähe zur Gewährung und Durchsetzung individueller Rechte bereits unter dem Gesichtspunkt prozeduralen Rechtsschutzes im Rahmen der Kontrollfunktion des Verfahrens behandelt wurden, siehe oben § 4 II, insbes. 1 b).

len des Volkes zurückführt. Während der Vorgang der Herrschaftslegitimation nach dieser Vorstellung seinen Ursprung im Wahlakt findet, setzt er sich von dort aus in zwei unterschiedlichen Legitimationssträngen fort, über die schließlich alles staatliche Handeln an die Wahlentscheidung des Demos rückgebunden wird: In organisatorisch-personeller Hinsicht speist sich die Legitimation hoheitlicher Entscheidungen daraus, dass sich die Stellung der entscheidungsbefugten Amtswalterinnen und Amtswalter durch eine ununterbrochene Kette individueller Berufsakte indirekt auf das Volk zurückführen lässt.<sup>189</sup> Und in sachlich-inhaltlicher Hinsicht verlangt das Modell, dass auch der Inhalt staatlicher Entscheidungen in einer durchgehenden Legitimationskette an den Volkswillen rückgebunden wird, wozu neben der Gesetzesbindung der Exekutive vor allem die Weisungsrechte innerhalb der Verwaltungshierarchie sowie die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung beitragen.<sup>190</sup> Maßstäblich für die Legitimationsleistung prozeduraler Vorgaben bleibt in dieser Vorstellung folglich allein die Intensität der Rückbindung an die demokratische Wahlentscheidung.

#### *b) Legitimation durch Kontrolle*

Strukturen parlamentarischer Kontrolle und Verantwortlichkeit bilden neben dem Wahlakt den zweiten Faktor, dem für die Legitimation staatlicher Entscheidungen Bedeutung zugemessen wird. Schon im skizzierten Kettenmodell kommt ihnen für die Legitimation hoheitlicher Entscheidungen zumindest instrumentelle Bedeutung zu. Denn die an die Weisungsverhältnisse im hierarchischen Verwaltungsaufbau anknüpfende sachlich-inhaltliche Legitimationskette führt administrative Entscheidungen erst unter der Voraussetzung auf den Volkswillen zurück, dass die Regierung, bei der die administrative Weisungskette endet, ihrerseits dem gewählten Parlament verantwortlich ist und dessen Kontrolle unterliegt.<sup>191</sup> Freilich erfüllt die parlamentarische Kontrolle im Kettenmodell eine rein dienende Funktion, indem sie die formale Rückbindung

<sup>189</sup> E.-W. Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 16; E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 42 f.; B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. II Rn. 121 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); E. Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), S. 329 (360).

<sup>190</sup> Siehe nur E.-W. Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 21; H. Dreier/D. Kuch, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 60 Rn. 36 ff.; B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. II Rn. 122 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993 S. 270 ff., insbes. 272 f.; V. Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 184 ff.

<sup>191</sup> J. Schmidt, Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle, 2007, S. 56 f.; H.-H. Trute, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 9 Rn. 35; ferner T. Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 184 f.; vgl. auch M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993 S. 318 f. sowie allgemein zur demokratischen Bedeutung von Verwaltungshierarchie und Ministerverant-

politischer Entscheidungen an die Entscheidung des Wahlvolks sicherstellt. Unter Legitimationsgesichtspunkten bleibt der Wahlakt so letztlich doch das allein entscheidende Moment.

Demgegenüber emanzipieren sich stärker politikwissenschaftlich orientierte Ansätze von dieser Dominanz des formalisierten Volkswillens. Weil Kontrolle der missbräuchlichen Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse auch dann entgegenwirke, wenn sie nicht über die formalisierte Rückbindung an das Wahlvolk, sondern in informalen Beziehungen und Netzwerken erfolge, komme Verantwortlichkeitsstrukturen eine eigenständige legitimatorische Bedeutung zu, die von der Rückbindung an den Wahlakt unabhängig sei.<sup>192</sup> Soziale Kontrolle könne, so der zentrale Gedanke, auch jenseits formaler Institutionalisierung dazu beitragen, dass Amtswalter ihre Entscheidungen am öffentlichen Interesse ausrichten und ihre Befugnisse nicht zum eigenen Vorteil missbrauchten.

Den Maßstab für die Legitimationsleistung derartiger Verantwortlichkeitsstrukturen bilden die Faktoren, die auch über die Intensität der fraglichen Kontrollmechanismen entscheiden. Zu diesen zählt erstens das Ausmaß des Rechtfertigungszwangs, den sie etablieren: Erstreckt sich die Kontrolle auf alle Aspekte einer Entscheidung oder nur auf bestimmte Teile? Wird sie, wie etwa im Falle von Berichtspflichten, von der kontrollierten Stelle selbst angeregt oder erfolgt sie nur auf Eigeninitiative des Kontrollierenden? Und steht diesem lediglich ein Kontrollrecht zu oder ist er stattdessen zur (regelmäßigen) Kontrolle verpflichtet? Daneben hat zweitens auch die Schwere der Sanktionen, mit denen die kontrollierende Stelle auf Fehlverhalten seitens der Kontrollierten reagieren kann, Einfluss auf die Intensität der Kontrolle und bestimmt somit zugleich deren Legitimationsleistung.<sup>193</sup>

### c) Legitimation durch Partizipation

Partizipative Demokratietheorien betonen die Bedeutung von Bürgerbeteiligung für die Legitimation hoheitlicher Entscheidungen. Ebenso wie die zuletzt skizzierten kontrollbezogenen Ansätze brechen sie mit der monistischen Überzeugung der traditionellen Theorie, Legitimation könne einzig vom Staatsvolk (als Ganzes) ausgehen und folglich allein durch den Wahlakt (oder Abstimmungen) vermittelt werden. Stattdessen weisen sie zahlreichen Formen bürgerlicher Mitwirkung an der staatlichen Herrschaftsausübung, ja „nahezu alle[n] Verfahren, in denen Bürger mit Verwaltung interagieren“<sup>194</sup>, ein legitimatorisches Po-

---

wortlichkeit *H. Dreier*, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, 1991, S. 129 ff., insbes. 138, 140 f.

<sup>192</sup> Hierzu und zum Folgenden vor allem *N. Petersen*, *JöR* 58 (2010), S. 137 (161); siehe ferner *J. Keane*, *The Life and Death of Democracy*, 2009, S. 585 ff., der das Konzept einer „monitory democracy“ entwirft.

<sup>193</sup> *N. Petersen*, *JöR* 58 (2010), S. 137 (160) m. Nachw.

<sup>194</sup> *B. Peters*, *Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?*, 2020, S. 188 m. w. Nachw.

tential zu. Die unterschiedlichen Formen und Spielarten partizipativer Demokratietheorien eint dabei das Anliegen, Demokratie demokratischer zu machen.<sup>195</sup> Expansive Strategien versuchen dies dadurch zu erreichen, dass sie demokratische Prozesse auch in gesellschaftlichen Bereichen etablieren, deren Organisation sich bislang nicht am demokratischen Ideal orientiert, wie insbesondere der Wirtschaft oder dem Arbeitsleben.<sup>196</sup> Im Hinblick auf die Legitimation staatlicher Entscheidungen interessanter sind hingegen integrative Strategien. Sie plädieren dafür, die Demokratizität im Grundsatz bereits volksherrschaftlich organisierter Bereiche „durch mehr [...] Beteiligung in Wort und Tat“ zu verbessern.<sup>197</sup>

Welche Beteiligungsmodi dabei unter welchen Bedingungen wie stark zur Verbesserung staatlicher Legitimation beitragen, wird im theoretischen Schrifttum bislang erstaunlich selten differenziert ausbuchstabiert.<sup>198</sup> Für die Beurteilung der Legitimationseffekte prozeduraler Anforderungen bleibt die pauschale Grundthese partizipativer Ansätze, dass mehr Beteiligung mehr Legitimation bedeute, indes ein zu grober Maßstab. Konkretisieren lässt er sich, wenn man in Erinnerung ruft, dass die „Selbstherrschaft unter Freien und Gleichen und daher das Prinzip individueller Selbstbestimmung“ das leitende Motiv pluralistischer Demokratieverständnisse bildet.<sup>199</sup> Der Legitimationseffekt partizipativer Verfahren ist angesichts dessen in quantitativer Hinsicht vor allem daran zu messen, wie groß der Regelungsbereich ist, in dem partizipative Verfahren der bürgerschaftlichen Selbstbestimmung überhaupt Raum geben. Innerhalb der Bereiche, die die Öffentlichkeit in die Entscheidungsfindung einbinden, ist demgegenüber in qualitativer Hinsicht maßgeblich, wie gewichtig der Einfluss ist, den eine Beteiligungsform den Bürgern im Hinblick auf den Entscheidungsausgang einräumt. Je mehr ein „Beteiligungsprozess den Bürgern erlaubt, über das Ergebnis zu bestimmen“, <sup>200</sup> desto größer ist sein Beitrag zur Legitimation der getroffenen Entscheidung. In Orientierung an diesem Maßstab der Ent-

<sup>195</sup> C. Pateman, *Perspectives on Politics* 10 (2012), S. 7 (10); aus rechtswissenschaftlicher Perspektive kommt dieses Anliegen bereits im Titel schön zum Ausdruck bei A. v. Bogdandy, in: Festschrift für A. Hollerbach, 2001, S. 363: „Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten? Zu Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung“.

<sup>196</sup> M. G. Schmidt, *Demokratiethorien*, 6. Aufl. 2019, S. 230 f.

<sup>197</sup> M. G. Schmidt, *Demokratiethorien*, 6. Aufl. 2019, S. 231 f., Zitat auf S. 231.

<sup>198</sup> Insofern kritisch B. Peters, *Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?*, 2020, S. 188.

<sup>199</sup> H.-H. Trute, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwRI*, 3. Aufl. 2022, § 9 Rn. 19; ebenso A. v. Bogdandy, in: Festschrift für A. Hollerbach, 2001, S. 363 (370); P. Brandl-Michel, *Maßstäbe demokratischer Legitimation*, 2021, S. 90 ff.; S. Köller, *Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation*, 2009, S. 50; S. Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 77; in diese Richtung auch M. Jestaedt, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, S. 3 (12 f.); A. Wieckhorst, *Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren*, 2017, S. 144 f.; für ein solches Verständnis ferner B.-O. Bryde, *StWStP* 5 (1994), S. 305 (321 f.).

<sup>200</sup> V. Ebermann, *Entwicklung von staatlichen Strategien zur Klimaanpassung*, 2020, S. 29.

scheidungsmacht unterscheidet vor allem die politikwissenschaftliche Partizipationsforschung typisiert abgestufte Teiligungsgrade. Das prominenteste und auch jenseits der Politikwissenschaft vielfach rezipierte Modell bildet insofern *Sherry Arnsteins* Konzept der Teiligungsleiter,<sup>201</sup> die auf acht aufeinanderfolgenden Sprossen acht Teiligungstypen mit ansteigender Teiligungsintensität abbildet: Am unteren Ende stehen Interaktionsformen, deren wahres Ziel gar nicht darin besteht, eine echte Entscheidungsteilnahme zu ermöglichen, sondern die in Wahrheit allein darauf zielen, die Teiligten durch „Manipulation“ oder „Therapie“ dazu zu bringen, die Position der Verwaltung zu unterstützen.<sup>202</sup> Auf den Stufen drei bis fünf folgen die rein informierende Einbindung der Teiligten („Information“),<sup>203</sup> deren informative Befragung oder Anhörung („Konsultation“)<sup>204</sup> sowie deren „inszenierte Mitwirkung“<sup>205</sup>, bei der die Teiligten zwar formal an der Entscheidung beteiligt werden, die Entscheidungsherrschaft jedoch deshalb bei den staatlichen Entscheidungsträgern verbleibt, weil die Bürger nur mit beratender Funktion partizipieren oder die Verwaltung die beteiligten Bürger überstimmen kann („Beschwichtigung“).<sup>206</sup> Erst auf den abschließenden Stufen sechs bis acht, die *Arnstein* als partnerschaftliche Mitwirkung, delegierte Macht und bürgerschaftliche Entscheidungskontrolle bezeichnet, entfaltet die Teiligung daher einen verlässlichen Einfluss auf die verfahrensabschließende Entscheidung: Die partnerschaftliche Teiligung ermöglicht es den Bürgern, Zielkonflikte mit der Verwaltung auszuhandeln und im Wege gegenseitigen Nachgebens zu lösen.<sup>207</sup> Im Falle der Delegation gibt die Verwaltung Entscheidungsmacht ab, indem die Entscheidung Gremien überantwortet wird, in denen die Entscheidungsherrschaft – etwa aufgrund der Mehrheitsverhältnisse – bei Vertretern der Bürger liegt.<sup>208</sup>

<sup>201</sup> *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216; aufgegriffen etwa bei *B. Best*, *Energiewende und Bürgerbeteiligung*, 2019, S. 269ff.; *P. Nanz/M. Fritsche*, *Handbuch Bürgerbeteiligung*, 2012, S. 23; aus dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum etwa *B. Peters*, *Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?*, 2020, S. 50f. mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 224; einen Überblick über verwandte Kategorisierungen liefert *A. Paust*, *Materialsammlung Bürgerbeteiligung*, 2016, S. 15ff.

<sup>202</sup> *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216 (217) bezeichnet diese beiden Formen denn auch als Nicht-Partizipation („non-participation“); ausführlicher zu diesen Formen ebd., S. 218f.

<sup>203</sup> *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216 (217, 219).

<sup>204</sup> *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216 (217, 219f.).

<sup>205</sup> So die pointierte Bezeichnung bei *P. Nanz/M. Fritsche*, *Handbuch Bürgerbeteiligung*, 2012, S. 23; *H. Kubicek/B. Lippa/H. Westholm*, *Medienmix in der Bürgerbeteiligung*, 2009, S. 49 sprechen von „Pseudobeteiligung“.

<sup>206</sup> *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216 (217, 220f.). Da auch diese Teiligungsformen nicht garantieren können, dass die Teiligung sich auf das Entscheidungsergebnis auswirkt, spricht *Arnstein* ihnen lediglich symbolische Bedeutung zu, siehe ebd., S. 217, 220: „tokenism“.

<sup>207</sup> *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216 (217, 221f.).

<sup>208</sup> *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216 (217, 222f.).

Die Formen bürgerschaftlicher Kontrolle kennzeichnet schließlich, dass Entscheidungen unmittelbar durch die Bürger selbst getroffen werden.<sup>209</sup> Für die Beurteilung des Einflusses, den die oben besprochenen Beteiligungsformen eröffnen, lässt sich an diese etablierte Kategorisierung anknüpfen.

#### d) Legitimation durch Deliberation

Deliberative Ansätze eint die Überzeugung, dass sich die mit hoheitlichen Entscheidungen verbundenen Geltungsansprüche nur in anspruchsvollen, Rationalitätsverbürgenden Verfahren des „Miteinander-Redens[s]“ und der „argumentativ abwägende[n], verständigungsorientierte[n] Beratschlagung“ rechtfertigen lassen.<sup>210</sup> Jürgen Habermas, dessen Diskurstheorie des Rechts die derzeit prominenteste Spielart deliberativer Demokratietheorien darstellt, knüpft das Rationalitätsversprechen derartiger Verfahren an vier Voraussetzungen:<sup>211</sup> Erstens tragen Entscheidungsverfahren zur Legitimation hoheitlicher Entscheidungen nur dann bei, wenn sie sich als inklusiv erweisen, sich also alle von der zu treffenden Entscheidung potentiell Betroffenen an ihnen beteiligen können.<sup>212</sup> Ebenso wie die soeben skizzierten partizipativen Theorien lassen sich daher auch deliberative Theorien als beteiligungsfreundlich charakterisieren.<sup>213</sup> An-

<sup>209</sup> S. R. Arnstein, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216 (217, 223 f.).

<sup>210</sup> M. G. Schmidt, *Demokratietheorien*, 6. Aufl. 2019, S. 229; siehe auch J. Cohen, in: Benhabib (Hrsg.), *Democracy and Difference*, 1996, S. 95 (99 f.) sowie J. Bohman, *The Journal of Political Philosophy* 6 (1998), S. 400 (401): „Deliberative democracy, broadly defined, is thus any one of a family of views according to which the public deliberation of free and equal citizens is the core of legitimate political decision making and self-government.“; vgl. auch J. D. Fearon, in: Elster (Hrsg.), *Deliberative Democracy*, 1998, S. 44 (63). Wie schon die gerade zitierte Formulierung andeutet, ist der Kreis der Vertreter deliberativer Ansätze allerdings ebenso groß wie uneinheitlich. Zu seinen Mitgliedern zählen neben Jürgen Habermas (Faktizität und Geltung, 1992) etwa Seyla Benhabib (u. a. dies., *Constellations* 1 (1994), S. 26; dies., in: dies. (Hrsg.), *Democracy and Difference*, 1996, S. 67; dies., *The Rights of Others*, 2004), James Bohman (*Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, 1996), Joshua Cohen (etwa ders., in: Bohman/Rehg (Hrsg.), *Deliberative Democracy*, 1997, S. 67), John S. Dryzek (*Deliberative Democracy and Beyond*, 2000; ders., *Foundations and Frontiers of Deliberative Governance*, 2010) und James S. Fishkin (*Democracy and Deliberation*, 1993; *When the People Speak*, 2011; *Democracy When the People Are Thinking*, 2018). In der Literatur werden die unterschiedlichen deliberativen Theorien meist in zwei Lager unterteilt, siehe etwa B. Peters, *Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?*, 2020, S. 182 f.: liberale vs. republikanische Ansätze; N. Petersen, *JöR* 58 (2010), S. 137 (166): partizipative vs. rationalistische Varianten; für eine Dreiteilung R. Forst, *Ratio Juris* 14 (2001), S. 345.

<sup>211</sup> Knapp zusammengefasst bei J. Habermas, *Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft*, 2001, S. 45; siehe auch ders., *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 221 ff., 369 ff.

<sup>212</sup> J. S. Dryzek, *Foundations and Frontiers of Deliberative Governance*, 2010, S. 21.

<sup>213</sup> So auch M. G. Schmidt, *Demokratietheorien*, 6. Aufl. 2019, S. 228, der daher partizipative und deliberative Theorien gemeinsam behandelt. Indem deliberative Theorien die Beteiligung allein an die potentielle Entscheidungsbetroffenheit knüpfen, lösen sie insbesondere die mit monistischen Theorien verbundene Begrenzung der Beteiligungsberechtigung auf das Staatsvolk.

ders als für jene erfüllt die Bürgerbeteiligung für deliberative Theorien allerdings keinen Selbstzweck, sondern fungiert als „Mittel zur Steigerung der Entscheidungsqualität“<sup>214</sup>. Zweitens müssen sie dem Grundsatz kommunikativer Gleichberechtigung genügen: Alle Beteiligungsberechtigten müssen über die gleiche Chance verfügen, sich zu äußern. Drittens ist für die Rationalität der Entscheidungsergebnisse die Herrschaftsfreiheit und Zwanglosigkeit der Sprechsituation zentral: Allein die Güte der vorgetragenen Argumente darf über den Ausgang des Verfahrens entscheiden; Umstände, die dies verhindern, darf es nicht geben. Und viertens erfordern rationalitäts- und legitimationsverbürgende Verfahren kommunikative Aufrichtigkeit seitens der Teilnehmer: Wer sich einbringt, muss meinen, was er sagt. Für die Bewertung der Legitimationsleistung prozeduraler Anforderungen etablieren diese Voraussetzungen erfreulich klare Maßstäbe.

## 2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten

Zumindest vereinzelt verbindet sich die Hoffnung, Legitimationsdefizite des materiellen Rechts durch Verfahren ausgleichen zu können, mit der Pflicht staatlicher Organe, ihren Entscheidungen ein Konzept zugrunde zu legen. Wenngleich sowohl administrativen als auch gesetzgeberischen Konzeptpflichten eine solche Legitimationsfunktion zugesprochen wird,<sup>215</sup> bestehen im Hinblick auf ihre jeweilige Funktionslogik erhebliche Unterschiede. So bemühen sich gesetzgeberische Konzeptpflichten, zur Legitimation von Legislativentscheidungen dadurch beizutragen, dass sie diese an Gerechtigkeitsmaßstäbe binden, die sich der Verfassung selbst nicht entnehmen lassen.<sup>216</sup> Die von Konzeptpflichten erhoffte Legitimationsleistung knüpft damit nicht an prozedurale, sondern an materiell-ergebnisbezogene Legitimationsvorstellungen an. Sie ist folglich weniger das Ergebnis der Konzeptpflicht als solcher, sondern gewissermaßen deren kontingente Folge, weil es vom konkreten Inhalt der Konzeptvorgaben abhängt, inwiefern die Bindung an diese die konzeptgeleitete gesetzgeberische Entscheidung als anerkennungswürdig ausweist.<sup>217</sup> Selbst auf

<sup>214</sup> N. Petersen, JöR 58 (2010), S. 137 (166); D. Frieß, in: Bätge u. a. (Hrsg.), Politische Partizipation, 2021, S. 113 (117); D. C. Mutz, Annual Review of Political Science 11 (2008), S. 521 (523).

<sup>215</sup> Siehe oben § 3 IV 2 b) bb) und § 3 V 1 a).

<sup>216</sup> Siehe zu diesem Argument die obige Diskussion des Maßstäbengesetzes für den Länderfinanzausgleich, § 3 V 1 a).

<sup>217</sup> In eine andere Richtung deutet indes die These von L. O'Hara, Konsistenz und Konsens, 2018, der argumentiert, die – Konzeptpflichten ja ebenfalls inhärente – Forderung nach gesetzgeberischer Konsistenz trage zum einen schon deshalb zur Legitimation des Rechts bei, weil die Gerechtigkeit gesetzgeberischer Vorgaben angesichts des „weitgehenden Wegfall[s] allgemeinverbindlicher inhaltlicher Werte [...] immer stärker von der Erklärbarkeit der Verfahrensergebnisse“ abhängt und diese „ein widerspruchsfreies Gedankengebäude voraussetze“, das eben durch Konsistenzanforderungen gewährleistet werde (ebd., S. 63 f.). Und auch



Grundlage des damit zugrunde gelegten inhaltsbezogenen Legitimationskonzepts tragen Konzeptpflichten damit nicht *per se* zum Ausgleich der eingeschränkten Legitimationsfunktion materiell-verfassungsrechtlicher Vorgaben bei.

Das legitimationsbezogene Kompensationsversprechen administrativer Konzeptpflichten beruht demgegenüber auf der Vorstellung, dass Konzeptpflichten die Konkretisierung administrativer Spielräume kontrollierbar machen.<sup>218</sup> Den Gesetzgebungsorganen ermöglichen es administrative Konzepte, Verantwortung für die Spielraumkonkretisierungen der Verwaltung zu übernehmen, indem sie ihnen die Kriterien und Vorentscheidungen zugänglich machen, von denen sich die Verwaltung bei der Ausfüllung gesetzlicher Spielräume leiten lässt, und ihnen damit zugleich die Option eröffnen, eben diese Konkretisierungen entweder stillschweigend zu billigen oder durch Änderungen der gesetzlichen Grundlagen korrigierend nachzusteuern. Im Lichte der obigen Legitimationskonzepte setzen Konzeptpflichten demnach auf Legitimation durch Kontrolle. Sofern sie vor allem auf eine Kontrolle durch die Parlamente und weniger auf eine solche durch die informale Öffentlichkeit zielen, bleiben sie dabei dem klassisch-monistischen Legitimationskonzept verhaftet: Legitimation versuchen sie durch die Anknüpfung an den im Wahlakt zum Ausdruck kommenden Willen des Staatsvolks zu vermitteln. Ausgehend von dieser Perspektive besteht ihr legitimatorischer Mehrwert darin, die für gewöhnlich erst über die Weisungskette in der Verwaltungshierarchie letztlich in der parlamentarischen Ministerverantwortlichkeit gipfelnde Legitimationskette zu verkürzen, indem sie die Verwaltungsentscheidungen der unteren Ebene unmittelbar der parlamentarischen Kontrolle zuführen. Sieht man genauer hin, bleibt der Gewinn indes begrenzt. Denn eine Pflicht des Parlaments, sich mit Verwaltungskonzepten auseinanderzusetzen, ja sie überhaupt nur zur Kenntnis zu nehmen, besteht nicht. Und der Konzepterlass selbst jedenfalls leistet keine Gewähr dafür, dass die Gesetzgebungsorgane von den Konzeptentscheidungen Notiz nehmen. Vielmehr beschränkt sich die Publizität administrativer Konzepte regelmäßig auf deren Veröffentlichung, ohne dass diese jedoch mit der Vorgabe verbunden wäre, dem Parlament über beschlossene Konzepte Bericht

---

die genuin demokratische Legitimation werde durch Konsistenzanforderungen gefördert, weil erst die durch sie garantierte Folgerichtigkeit der Gesetzesdirektiven den „Staatswille[n] begreifbar, umsetzbar und nachvollziehbar“ mache (ebd., S. 75). Gesetzgeberische Konsistenz sei daher erforderlich damit „die Bürger *effektiv* als Kollektiv durch ihren Willen regieren können“ (ebd., S. 75, Hervorhebung hinzugefügt). In ähnlicher Weise verlange der Grundsatz demokratischer Legitimation schließlich auch deshalb legislative Konsistenz, weil Demokratie auf Akzeptanz des Rechts seitens der Bürger angewiesen sei und diese davon abhängen, dass die gesetzlichen Regelungen möglichst vielen Bedürfnisse gerecht würden. Das aber sei „nicht durch das unreflektierte Erfüllen möglichst vieler Wünsche, sondern nur mit einer – zumindest auch – analytischen und konzeptgeleiteten Herangehensweise“ zu erreichen (ebd., S. 76).

<sup>218</sup> Siehe dazu oben § 3 IV 2 b) bb).

zu erstatten oder ihm diese mitzuteilen. Für sich betrachtet, stärken Konzeptpflichten die legitimatorische Rückbindung an Volkswillen, Wahlakt und Parlament daher nicht in nennenswerter Weise.

### *3. Berichtspflichten zugunsten von Parlamenten und parlamentarischen Kontrollgremien*

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass Defizite der Legitimationsfunktion des materiellen Rechts im verwaltungsrechtlichen Kontext auch durch Verfahrensvorgaben auszugleichen versucht werden, die die Verwaltung dazu verpflichten, Parlamenten oder parlamentarischen Kontrollgremien über ihre Tätigkeit Bericht zu erstatten.<sup>219</sup> Betrachtet man diese Berichtspflichten im Lichte der obigen Legitimationstheorien, so setzen auch sie auf Legitimation durch Kontrolle; und auch sie bleiben dem tradierten Legitimationsmodell insofern verpflichtet, als die von ihnen etablierten Kontrollstrukturen hoheitliche Entscheidungen einzig dadurch zu legitimieren versuchen, dass sie sie – vermittelt über das Parlament – an die demokratische Wahlentscheidung des Staatsvolks rückkoppeln. Wenngleich sie sich damit der klassischen Legitimationskettenstruktur bedienen, tragen sie – legt man deren Logik zugrunde – doch auf zweierlei Weise zur Steigerung des Legitimationsniveaus bei: Erstens lenken Berichtspflichten die Aufmerksamkeit des Kontrollorgans unweigerlich auf die berichteten Vorgänge. Sie drängen das Parlament dazu, sich zu ihnen zu positionieren, schneiden den Einwand ab, von nichts gewusst zu haben, und wirken auf diese Weise darauf hin, dass parlamentarische Kontrolle nicht nur ermöglicht, sondern auch tatsächlich ausgeübt wird.<sup>220</sup> Anders als im Normalfall hängt die parlamentarische Kontrolle folglich nicht mehr von der Initiative des Parlaments ab und ist nicht in gleicher Weise in dessen Belieben gestellt. Zweitens führen Berichtspflichten zuweilen auch zu einer Verkürzung der Legitimationskette. Muss, wie oben gezeigt, etwa die BNetzA in regelmäßigen Abständen unmittelbar an Bundestag und Bundesrat über ihre Regulierungspraxis berichten, so unterliegt ihr Handeln der direkten parlamentarischen Kontrolle, ohne dass diese – wie im Legitimationskettenmodell sonst üblich – auf den Zwischenschritt über Aufsicht und Verantwortlichkeit des zuständigen Ministeriums vermittelt würde. Die unmittelbare parlamentarische Verantwortlichkeit verkürzt damit die Legitimationskette und ergänzt die parlamentarische Ministerverantwortlichkeit um einen zweiten, direkteren Strang legitimationsstiftender Kontrolle.

<sup>219</sup> Siehe dazu § 3 IV 4 a cc (2), IV 4 a bb.

<sup>220</sup> In diese Richtung auch *J. Schmidt*, Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle, 2007, S. 104: „Selbstbindung des Parlaments an seinen antizipierten Kontrollwillen“.

#### 4. *Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit*

Dass auch Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung zur Legitimation hoheitlicher Entscheidungen beitragen sollen, ist eine vor allem im allgemeineren verwaltungsrechtlichen Schrifttum weit verbreitete Überzeugung.<sup>221</sup> Wie oben dargestellt, setzt sie sich unter anderem im Immissionsschutz- und Gesundheitsrecht in der These fort, die Einbindung der Bürger könne kompensieren, dass das Parlamentsgesetz die Entscheidungen der Verwaltung kaum noch an diejenigen des Parlaments rückbinde, sofern die Regelungsdichte materiellrechtlicher Vorschriften abnehme.<sup>222</sup> Doch inwiefern trifft das zu? Kann Bürgerbeteiligung tatsächlich zur Legitimation hoheitlicher Entscheidungen beitragen? Monistische Demokratiekonzeptionen geben hierauf bekanntlich eine ernüchternde Antwort: Weil demokratische Legitimation allein vom Staatsvolk als Einheit ausgehen und daher einzig durch Wahlen und Abstimmungen vermittelt werden könne, sei die Einbindung der Bürger für die Legitimation staatlicher Entscheidungen bestenfalls egal und drohe schlechtestenfalls Einflusschancen zu gewähren, die dem Grundsatz politischer Gleichheit zuwiderliefe.<sup>223</sup> Folgerichtig gewinnt die skizzierte Kompensationsthese daher auch für ihre Vertreter erst im Lichte pluralistischer Demokratiekonzeptionen an Plausibilität. Gelegentlich wird die Bürgerbeteiligung in diesem Zusammenhang in die Nähe dialogischer, diskursiver Verfahren gerückt und ihre Legitimationswirkung auf deliberative Theorieansätze zurückgeführt.<sup>224</sup> Im Lichte der anspruchsvollen Anforderungen, die deliberative Ansätze an legitimationsstiftende Verfahren stellen, spricht für diese Deutung indes nicht viel. Noch zutreffen mag, dass die Einbindung der allgemeinen Öffentlichkeit die für deliberative Verfahren kennzeichnende Inklusivität aufweist, weil auch sie potentiell alle von einer Entscheidung Betroffenen einbezieht. Doch häufig geht die Bürgerbeteiligung über eine bloße Anhörung nicht hinaus. Die Gelegenheit, Einwendungen und Belange in einer einmaligen Stellungnahme darzulegen, ist vom diskurstheoretischen Ideal gemeinsamer, verständigungsorientierter Konsenssuche indes weit entfernt. Anders als unidirektionale Anhörungsverhältnisse

<sup>221</sup> Siehe die Nachweise oben § 3 IV 4 d) in Fn. 540.

<sup>222</sup> Oben § 3 IV 4 d) bb) (1), IV 4 d) cc).

<sup>223</sup> Vgl. A. Fisahn, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, 2002, S. 237 f.; E. Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), S. 329 (369).

<sup>224</sup> In diese Richtung etwa – wenngleich nicht nur als Bestandsanalyse, sondern zumindest auch als normatives Leitbild – C. Franzius, *VerwArch* 106 (2015), S. 76 (82, 85, 91, 100) sowie H. Rossen-Stadtfeld, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVWR* II, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 77, 89, 92, der „das informierte, gemeinwohl-sachverständige und öffentliche Raisonement“ zum Ideal der Bürgerbeteiligung erklärt (ebd., Rn. 77); vgl. auch O. Renn, in: *Gesellschaft für Umweltrecht* (Hrsg.), *Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, 2012*, S. 129 (137 ff., 143, 165 f.).

beruht dieses auf der Vorstellung eines wechselseitigen Austauschs von Argumenten, der – dem Ideal nach – erst dann seinen Abschluss findet, wenn eine für alle Beteiligungsberechtigten akzeptable Lösung erreicht wurde. Dass politische Prozesse in der Realität nicht bis zum Konsens fortgesetzt werden können, liegt zwar auf der Hand und wird auch von deliberativen Theorien nicht verkannt.<sup>225</sup> Steht jedoch bereits von Beginn an fest, dass die Bürgerbeteiligung sich in einer einmaligen Stellungnahme erschöpft, auf die die Verwaltung allenfalls in der Entscheidungsbegründung antworten wird, so lässt sich das schwerlich als Prozess der gemeinsamen, argumentativ abwägenden Beratschlagung verstehen, wie ihn deliberative Theorien vor Augen haben.<sup>226</sup> Dem deliberativen Ideal genügen Anhörungen zudem auch deshalb nicht, weil die von ihnen etablierte Kommunikationsstruktur gerade nicht alle Beteiligten in Dialog miteinander bringt, sondern stattdessen eine Vielzahl bilateraler, in ihrem Gesamtbild sternförmig auf die Verwaltung zulaufender Kommunikationsströme herstellt.<sup>227</sup> Dass Anhörungen regelmäßig auch schriftlich durchgeführt werden können, ja Einwendungen zuweilen sogar schriftlich erhoben werden müssen, illustriert das besonders deutlich.<sup>228</sup> Zumindest seiner theoretischen Konzeption nach mag ein anschließender Erörterungstermin all diese Schwierigkeiten etwas abfedern, doch nähren die anekdotischen Berichte aus der Praxis den Verdacht, dass der deliberativen Theorien schon auf theoretischer Ebene entgegengebrachte Einwand, sie hegten ein zu optimistisches Menschenbild,<sup>229</sup> berechtigt ist. Statt Verständigungsbereitschaft, Sachlichkeit, Konsens- und Gemeinwohlorientierung scheinen Fundamentalopposition, fehlende Kompromissbereitschaft und von vornherein unverrückbar verhärtete Fronten vorzu-

<sup>225</sup> Pointiert zur Schwierigkeit des Konsenses als Maßstab für demokratische Entscheidungen *A. v. Bogdandy*, in: Festschrift für A. Hollerbach, 2001, S. 363 (373 ff.). Im Kontext deliberativer Theorien lässt sich insofern etwa auf die Rechtfertigung diskursunterbrechender, parlamentarischer Abstimmungen mit Mehrheitsregel bei *J. Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 220f. verweisen, der diese freilich nur unter der Voraussetzung für akzeptabel hält, dass die Entscheidung reversibel ist, der Diskurs also wieder aufgenommen werden kann; vgl. dazu auch *C. Marxsen*, *Geltung und Macht*, 2011, S. 203f.

<sup>226</sup> Deutlich auch *O. Renn*, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), *Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, 2012*, S. 129 (147): „Von Dialog kann keine Rede sein.“

<sup>227</sup> Für die Anhörung der beteiligten Kreise wird im Schrifttum hingegen teilweise betont, sofern eine mündliche Anhörung erfolge, müsse diese in der Regel für alle beteiligten Kreise gemeinsam durchgeführt werden, siehe *H. D. Jarass*, *BImSchG*, 14. Aufl. 2022, § 51 Rn. 3 mit Nachweisen.

<sup>228</sup> Siehe im Hinblick auf die oben untersuchten Referenzgebiete etwa § 10 Abs. 3 S. 4 *BImSchG*; für die Anhörung der beteiligten Kreise nach § 51 *BImSchG* kann die Anhörung ebenfalls schriftlich erfolgen, siehe *H. D. Jarass*, *BImSchG*, 14. Aufl. 2022, § 51 Rn. 3; für das Gentechnische Freisetzungsverfahren § 18 Abs. 2, 3 *GenTG i. V. m.* § 5 Abs. 1 S. 1 *GenTAnhV*; anders aber im Rahmen des Gesundheitsrechts, wo nach § 91 Abs. 9 S. 1 *SGB V* jeder und jedem Stellungnahmeberechtigten, die oder der eine schriftliche Stellungnahme abgegeben hat, auch Gelegenheit zu einer mündlichen Stellungnahme zu geben ist.

<sup>229</sup> Dazu nur *M. G. Schmidt*, *Demokratiethorien*, 6. Aufl. 2019, S. 237f.

herrschen.<sup>230</sup> Und auch vom Ideal der herrschaftsfreien Sprechsituation weicht der Erörterungstermin schon deshalb ab, weil auch er letztlich hierarchisch strukturiert bleibt, was sich unter anderem daran zeigt, dass es die Verwaltung ist, die einseitig die Tagesordnung festlegt, das Wort erteilt und über das Ende der Aussprache entscheidet.<sup>231</sup> Wenngleich diese Überlegungen es nicht grundsätzlich ausschließen, durch eine deliberative Einbindung der Öffentlichkeit ergänzende Legitimationsreserven zu mobilisieren, so belegen sie doch, dass die Bürgerbeteiligung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung hierzu wenig beiträgt. Sie bleibt in mehrfacher Hinsicht hinter den Voraussetzungen zurück, von denen die Legitimationsleistung des Verfahrens nach der Vorstellung deliberativer Legitimationsmodelle abhängt.<sup>232</sup>

Weit überwiegend wird der legitimatorische Effekt von Mechanismen der Öffentlichkeitsbeteiligung denn auch nicht auf deliberative Legitimationskonzepte gestützt, sondern im Sinne partizipativer Legitimationskonzepte auf ein Mehr an Beteiligung zurückgeführt, für dessen Legitimationswirkung dann weniger die diskursive Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens als vielmehr die Intensität der Mitwirkung an der Entscheidungsfindung maßgeblich sein soll.<sup>233</sup> Nahe liegt das schon deshalb, weil sich angesichts der Grundüberzeugung partizipativer Theorien, Bürgerbeteiligung trage in nahezu jeder Form zur Legitimation hoheitlicher Entscheidungen bei, auch den oben skizzierten Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung ein Legitimationseffekt nicht absprechen lässt. Aus der Perspektive beteiligungszentrierter Legitimationstheorien steht allein dessen Ausmaß in Frage. Im Lichte der oben skizzierten *Arnstein*'schen Beteiligungsleiter ergibt sich insofern allerdings ein differenziertes Bild. So bleibt die vor allem im Planungsrecht übliche, aber auch im Genehmigungsverfahren für immissionsschutzrechtliche Anlagen und gentechnikrechtliche Freisetzungen anzutreffende dreistufige Öffentlichkeitsbeteiligung (Information, Gelegenheit zur Stellungnahme, Erörterung) auf der vierten Sprosse

<sup>230</sup> G. Gaentzsch, in: Festschrift für D. Sellner, 2010, S. 219 (233); vgl. auch E. Hagenab, *Prozeduraler Umweltschutz*, 1996, S. 131 ff.

<sup>231</sup> Beispielhaft etwa § 18 9. BImSchV, § 10 GenTAnhV.

<sup>232</sup> Sofern Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung in der politikwissenschaftlichen Literatur aus der Perspektive deliberativer Theorien behandelt werden, stehen denn auch gänzlich andere Formen im Fokus, wie etwa deliberative mini-publics, Planungszellen, Bürgerkonferenzen; dazu im Überblick S. Alcántara/N. Bach/R. Kuhn/P. Ullrich, *Demokratietheorie und Partizipationspraxis*, 2016, S. 64, 72; D. Frieß, in: Bätge u. a. (Hrsg.), *Politische Partizipation*, 2021, S. 113 (119 ff.); vgl. auch O. Renn, *Risk Governance*, 2008, S. 298 sowie *dens.*, in: *Gesellschaft für Umweltrecht* (Hrsg.), *Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, 2012*, S. 129 (145 ff.); jew. m. Nachw.

<sup>233</sup> So etwa bei H.-H. Trute, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwRI*, 3. Aufl. 2022, § 9 Rn. 55 und öfter; ebenso auch H.-J. Menzel, *Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?*, 1980, S. 80 ff.; vgl. in diesem Sinne auch C. Schulz, *Demokratisierung der Verwaltung durch Partizipation*, 2022, S. 182: „Die Steigerung der Rückbindung von Staatsgewalt an den unmittelbaren Willen des Volkes muss [...] als positiv bewertet werden, zumal dies die fortschreitende Erfüllung des demokratischen Prinzips bedeutet.“

der Leiter stehen: Die Öffentlichkeit wird zwar konsultiert und bekommt so eine Stimme im Verfahren. Doch weder steht ihr ein Mitentscheidungsrecht zu, noch führt die Einbindung zu einem partnerschaftlichen Verhältnis, in dem sich Verwaltung und Bürger die Entscheidungsverantwortung teilen und infolgedessen darauf angewiesen sind, durch wechselseitige Zugeständnisse Kompromisse zu erzielen.<sup>234</sup> Und auch die Einbindung der beteiligten Kreise, wie sie etwa für die exekutive Normsetzung im Immissionschutzrecht vorgesehen ist, hat rein konsultativ-beratenden Charakter und vermittelt im Sinne der *Arnstein*'schen Kategorien daher ebenfalls keine echte Entscheidungsherrschaft.

Ein Beteiligungsmodus, für den sich das anders darstellt, ließ sich bei der obigen Betrachtung verwaltungsrechtlicher Referenzverfahren einzig im Rahmen der gemeinsamen Selbstverwaltung im Gesundheitswesens nachweisen. So lässt sich die Kompetenz des GBA, durch Richtlinien offene gesetzliche Grundlagen verbindlich zu konkretisieren, auf der *Arnstein*'schen Beteiligungsleiter als Fall delegierter Entscheidungsmacht qualifizieren: Zwar entscheiden die betroffenen Kassenärzte, Krankenhäuser und Krankenkassen nicht unmittelbar selbst, doch entsenden ihre Verbände Repräsentanten in das Entscheidungsgremium des GBA, die dort im Verhältnis zu den unparteiischen Mitgliedern – die im Übrigen ebenfalls von den Trägerorganisationen vorgeschlagen werden – gemeinsam die klare Entscheidungsmehrheit besitzen.<sup>235</sup> Vertreter der staatlichen Verwaltung im engeren Sinne wirken im GBA nicht mit. Einschränkungen un-

<sup>234</sup> Anders aber *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, 2020, S. 134f., die insofern offenbar annimmt, die entsprechenden Beteiligungsvorgaben erfüllten die Voraussetzungen für eine partnerschaftliche Mitwirkung. Hiergegen spricht, dass im Fall der Öffentlichkeitsbeteiligung durch Information, Anhörung und Erörterungstermin gerade nicht sichergestellt ist, dass die Zielvorstellungen der beteiligten Bürger im Ergebnis Beachtung finden – eben genau so, wie *Arnstein* dies unter anderem für Konsultationen vor Augen steht (siehe *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 [1969], S. 216 [217]: „[T]hey [i. e. the participants] lack the power to insure that their views will be heeded by the powerful. When participation is restricted to these levels, there is no followthrough, no ‚muscle‘, hence no assurance of changing the status quo“). Im Rahmen der erforderlichen Abwägung, auf die *Peters* verweist, besteht regelmäßig lediglich die Pflicht, die bürgerseitig vorgebrachten Belange zu berücksichtigen. Doch lässt sich dies schon angesichts der Tatsache, dass die Einwendungen der Bürger jedenfalls in einstufigen Genehmigungsverfahren regelmäßig nicht mit Anpassungsvorschlägen beantwortet werden, zu denen die Bürger dann wiederum Stellung beziehen könnten, kaum als Verhandlungsprozess des gegenseitigen Gebens und Nehmens verstehen. Zudem verbleibt die alleinige Entscheidungsverantwortung bei der Verwaltung. Im Konzept *Arnsteins* ist es demgegenüber erst die Tatsache, dass Verwaltung und Bürger „share planning and decision-making responsibilities through such structures as joint policy boards, planning committees and mechanisms for resolving impasses“, die eine partnerschaftliche Mitwirkung erlaubt (siehe *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 [1969], S. 216 [221]). Für eine Einordnung der Stellungnahmeverfahren als Konsultation (allerdings ohne expliziten Verweis auf die Beteiligungsleiter *Arnsteins*) auch *K. Arbeiter/M. Handler/E. Purker/G. Tappeiner/R. Trattnigg*, *Das Handbuch Öffentlichkeitsbeteiligung*, 2005, S. 9.

<sup>235</sup> Vgl. § 91 Abs. 2 SGB V.

terliegt die bürgerschaftliche Entscheidungsherrschaft angesichts dessen einzig insofern, als die von den Entscheidungen des GBA ebenfalls betroffenen Patienten im GBA lediglich durch Vertreter mit beratender Stimme mitwirken.<sup>236</sup> In der Terminologie *Arnsteins* werden die Patienten folglich nur beschwichtigend einbezogen. Und auch die bereichsspezifischen Anhörungsrechte zugunsten einzelner Leistungserbringerorganisationen gehen über bloße Konsultationen nicht hinaus.

Fasst man das zusammen, so zeigt sich, dass partizipative Legitimationsmodelle die Öffentlichkeitsbeteiligung auch in ihren derzeit vorzufindenden Formen zwar analytisch gut erfassen können. Dem im rechtswissenschaftlichen Schrifttum teilweise vorherrschenden Optimismus im Hinblick auf die Legitimationsleistungen der Bürgerbeteiligung begegnen sie allerdings mit Vorbehalten. Im Lichte der politikwissenschaftlichen Analysekatégorien gehen nur wenige der etablierten Beteiligungsmechanismen mit echter Entscheidungsmacht einher. Gebräuchliche Beteiligungsformen, wie etwa diejenigen des Planungsrechts, erschöpfen sich in Mitwirkungsverfahren, denen die sozialwissenschaftliche Forschung bloßen Alibi-Charakter attestiert.<sup>237</sup> Wie das gesundheitsrechtliche Beispiel zeigt, ist das indes nicht überall so.

### 5. Kompensationseffekte von Begründungspflichten

Wie oben gezeigt, verbindet sich die Hoffnung, Einschränkungen der Legitimationsfunktion des materiellen Rechts durch Verfahrensvorgaben ausgleichen zu können, schließlich auch mit Begründungspflichten.<sup>238</sup> Insbesondere dort, wo das materielle Recht Entscheidungsspielräume gewährt, ermöglichen erst Begründungen die Kontrolle staatlicher Entscheidungen durch die Öffentlichkeit, weil der demokratischen Willens- und Meinungsbildung ohne sie die Grundlage fehle.<sup>239</sup> Dass auch die Annahme, Begründungspflichten erfüllten eine Legitimationsfunktion, auf dem Konzept der Legitimation durch Kontrolle beruht, lässt diese Erwägung leicht erkennen.<sup>240</sup> Anders als die oben erörterten Berichtspflichten überantworten Begründungspflichten die Aufgabe staatlicher

<sup>236</sup> Siehe § 140f Abs. 2 SGB V.

<sup>237</sup> Vgl. *S. R. Arnstein*, *Journal of the American Institute of Planners* 35 (1969), S. 216 (217): "tokenism". Siehe auch *H.-J. Menzel*, *Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?*, 1980, S. 80, der bloßen Anhörungen im Hinblick auf die demokratische Legitimation staatlicher Entscheidungen daher keinen Mehrwert zuschreibt.

<sup>238</sup> Oben § 3 IV 5 e).

<sup>239</sup> Vgl. *B. Bredemeier*, *Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2007, S. 213, 348; *U. Kischel*, *Die Begründung*, 2003, S. 58, 224; *J. Saurer*, *VerwArch* 100 (2009), S. 364 (367).

<sup>240</sup> Indes wird nicht überall klar benannt, worin der Beitrag von Begründungspflichten zur Legitimation hoheitlicher Entscheidungen besteht, knapp und unklar etwa *C. Waldbhoff*, *GesR* 2013, S. 197 (205 f.).

Kontrolle allerdings nicht, oder jedenfalls nicht vorrangig den Parlamenten oder institutionalisierten Kontrollgremien.<sup>241</sup> Stattdessen vertrauen sie auf die Kontrolle durch die allgemeine Öffentlichkeit, die diese Kontrolle zwar auch über die Wahlentscheidung ausüben kann, die sich jedoch schon in personeller Hinsicht nicht auf die wahlberechtigten Staatsbürger beschränkt und der zudem auch zahlreiche andere, weniger formalisierte Wege der Kontrollausübung offenstehen. Während die Wahlentscheidung mit der Versagung der Wiederwahl zwar eine formal starke Sanktion bereithält, eignet sie sich als Mittel zur Kontrolle spezifischer Verwaltungspraktiken oder gar administrativer Einzelentscheidungen vor allem aus zwei Gründen nicht: Erstens ist ihr Einfluss auf einzelne Verwaltungspraktiken mehrfach vermittelt, weil nicht die zuständigen Amtswalter, sondern Landtags- und Bundestagsabgeordnete gewählt werden, die ihrerseits nur über die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung auf das Verwaltungshandeln der nachgeordneten Behörden Einfluss nehmen können.<sup>242</sup> Dass ihre Wähler eben dies erwarten, dürfte ihnen zweitens schon deshalb regelmäßig verschlossen bleiben, weil der kommunikative Gehalt der Wahlentscheidung zu unspezifisch ist.<sup>243</sup> Die in der Stimmabgabe zum Ausdruck kommende Präferenz für eine Partei und/oder eine Kandidatin lässt nicht erkennen, welche Motive für die Wahlentscheidung leitend waren. Und die Begrenzung auf eine oder – je nach Wahlsystem – wenige Stimmen macht auf Seiten der Wähler Kompromisse und Priorisierungen erforderlich, die es unwahrscheinlich und irrational erscheinen lassen, die Wahlstimme zur Sanktionierung

<sup>241</sup> Siehe zur Ermöglichung parlamentarischer Kontrolle durch Begründungspflichten aber *T. Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S. 23 f.

<sup>242</sup> Vgl. die entsprechende Kritik an der Länge der Legitimationskette zwischen Volk und Verwaltung etwa bei *V. Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 504, 509; *G. Britz*, *VerwArch* 91 (2000), S. 418 (423); *U. Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 295; ferner *T. Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 184 ff., der insofern die Schwäche der Kontrollbefugnisse des Parlaments gegenüber der Regierung betont; allgemein auch *H.-G. Dederer*, *NVwZ* 2000, S. 403 (404): „theoretische Konstruktion“; vgl. aus sozialwissenschaftlicher Perspektive *M. D. Jarvis*, in: Bovens/Goodin/Schillemans (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, 2014, S. 405 (416) mit Nachweisen. In dieselbe Richtung auch das „Nadelöhr“-Argument bei *H.-J. Menzel*, Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?, 1980, S. 61.

<sup>243</sup> Das ist eine schon lange bekannte Kritik, die insbesondere in der politischen Ökonomie stark gemacht und dort meist mit dem Vergleich zwischen Marktmechanismen und Wahlentscheidungen verbunden wird, siehe etwa *J. M. Buchanan*, *Journal of Political Economy* 62 (1954), S. 334 (338 f., insbes. 339: „individual choice in the market can be more articulate than in the voting booth“) sowie aus jüngerer Zeit dazu knapp *T. Biebricher*, Die politische Theorie des Neoliberalismus, 2021, S. 147, nach dem im Vergleich zur demokratischen Wahl der Vorzug des Marktes in dessen „Überlegenheit als Transmissionsmechanismus von Präferenzen“ bestehe; aus dem juristischen Schrifttum etwa *A. v. Bogdandy*, in: Festschrift für A. Hollerbach, 2001, S. 363 (372); *G. Lübke-Wolff*, *VVDStRL* 60 (2001), S. 246 (265 ff.); *S. Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 40.



einzelner, für falsch gehaltener Verwaltungsentscheidungen einzusetzen. Informellere Kontrollmittel, die etwa über Proteste oder Petitionen Aufmerksamkeit generieren und öffentlichen Druck erzeugen, erweisen sich insofern als das zielgenauere Instrument, wenngleich ihnen das formale Sanktionspotential fehlt. Freilich steht und fällt die Annahme, Begründungen könnten zur Ermöglichung dieser Kontrollformen einen Beitrag leisten, mit einer gleichermaßen evidenten wie fragilen Voraussetzung: Sollen Begründungen die Kontrolle durch die Öffentlichkeit erleichtern, müssen sie dieser auch bekannt, ihr mindestens aber zugänglich sein. Häufig fehlt es hieran. So ließ sich in den oben betrachteten Bereichen nur für Richtlinien des GBA sowie für immissionsschutzrechtliche Anlagen- und gentechnikrechtliche Freisetzungsgenehmigungen die Pflicht nachweisen, sie mitsamt der Gründe zu veröffentlichen.<sup>244</sup> Geschieht dies jedoch und müssen die Entscheidungsträger folglich damit rechnen, von der Öffentlichkeit für ihre Entscheidungen verantwortlich gemacht zu werden, so belegt die psychologische Forschung, dass Begründungspflichten eine (Vor-)Wirkung entfalten, die auch im Hinblick auf ihre Legitimationsleistung von Interesse ist: Entscheidungsträger, die erwarten, für ihre Entscheidungen Rechenschaft ablegen zu müssen, unterwerfen sich jedenfalls dann, wenn sie die Erwartungen des Begründungsadressaten nicht kennen, einer rigideren Selbstkontrolle, die zur Folge hat, dass entscheidungsrelevante Aspekte nicht nur umfassend einbezogen,<sup>245</sup> sondern zudem auch sorgfältig und selbstkritisch abgewogen und ausgeglichen werden.<sup>246</sup> Besteht die Legitimationsfunktion von Kontrollstrukturen nun aber gerade auch darin, sicherzustellen, dass Entscheidungsträger ihre Befugnisse nicht zum eigenen Vorteil missbrauchen, sondern sich am öffentlichen Wohl orientieren,<sup>247</sup> so können folglich auch Begründungspflichten zur Legitimation hoheitlicher Entscheidungen beitragen – vorausgesetzt, sie gehen mit der Pflicht einher, die Begründungen auch in einer für die Allgemeinheit zugänglichen Form zu veröffentlichen.<sup>248</sup> Anders als im Schrift-

<sup>244</sup> Siehe oben § 3 IV 5 c) und d).

<sup>245</sup> Siehe dazu bereits oben § 4 II 5 b) bb) (1) sowie erneut *P. E. Tetlock/R. Boettger*, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (388, 392); *J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (569f.); *J. S. Lerner/P. E. Tetlock*, *Psychological Bulletin* 125 (1999), S. 255 (265, 270).

<sup>246</sup> *P. E. Tetlock*, *Journal of Personality and Social Psychology* 45 (1983), S. 74 (81); *P. E. Tetlock/R. Boettger*, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (392f.); *P. E. Tetlock/J. I. Kim*, *Journal of Personality and Social Psychology* 52 (1987), S. 700 (706); *P. E. Tetlock/L. Skitka/R. Boettger*, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 632 (635f.); vgl. auch *J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (563, 569, 571); *P. E. Tetlock/J. S. Lerner/R. Boettger*, *European Journal of Social Psychology* 26 (1996), S. 915 (932); siehe ferner bereits oben § 4 II 5 b) bb) (1).

<sup>247</sup> So oben aus theoretischer Perspektive § 4 VII 1 b).

<sup>248</sup> Aus der Perspektive der psychologischen Untersuchungen stellt die Veröffentlichungspflicht die Diversität der Begründungsadressaten sicher und macht es den Entscheidungsträgern auf diese Weise unmöglich, sich an den bekannten oder vermuteten Einstellungen

tum angenommen, beruht die Legitimationsleistung von Begründungspflichten demnach jedenfalls nicht nur auf deren Beitrag zur demokratischen Willens- und Meinungsbildung, sondern geht zumindest auch auf den disziplinierenden Einfluss zurück, der Verantwortlichkeitsstrukturen für die Entscheidungsfindung zukommt.

## 6. Ergebnis

Insgesamt zeigt sich demnach, dass vor allem Berichts- und Begründungspflichten zur Legitimation beizutragen vermögen, wo das materielle Recht seine Legitimationsfunktion nur noch eingeschränkt erfüllt. Konzeptpflichten setzen zwar ebenso wie diese auf das Konzept der Legitimation durch Kontrolle, leisten hierzu indes keinen nennenswerten Beitrag. Und auch Verfahren der Bürgerbeteiligung kommt ausgehend von partizipativen Legitimationskonzepten zwar im Grundsatz legitimatorische Bedeutung zu, doch wo sich die Beteiligung der Öffentlichkeit – wie vielfach – auf deren Anhörung beschränkt, bleibt die entsprechende Legitimationsleistung gering.

## VIII. Fazit

Wie also steht es nach alledem um die Fähigkeit der untersuchten Verfahrenspflichten, die (vermeintlichen) Defizite des materiellen Rechts auszugleichen? Halten sie, was sie versprechen? Im Lichte der vorstehenden Überlegungen fällt die Antwort differenziert aus: Sie tun es, aber sie tun es nicht immer. Die mit der Prozeduralisierungserzählung verbundene These, Anforderungen des Verfahrens kompensierten die Defizite des materiellen Rechts, hält dem Abgleich mit den Ergebnissen der empirischen Wissenschaften daher in dieser Pauschalität nicht Stand. Bei der Reflektion auf die Maßstäbe für die Leistungsfähigkeit prozeduraler Anforderungen ist zudem deutlich geworden, dass sie sich über den Maßstab der Vollkompensation durchweg ausschweigt: Welcher genaue Zustand im Verfahrenswege (wieder-)hergestellt werden soll, ist ihr oft selbst unklar. Die Kompensationsthese erweist sich angesichts dessen in erster Linie als heuristische Beschreibung einer bloßen Wirkungsrichtung. Das wirft die Frage auf: Muss Verfahren in den betrachteten Konstellationen denn aus rechtlicher Sicht überhaupt etwas kompensieren? Inwiefern also erweisen sich die skizzierten Situationen als kompensationsbedürftig? Diesen Fragen geht das folgende Kapitel nach.

---

oder Erwartungen des eigentlichen Entscheidungsadressaten zu orientieren. Nur unter dieser Voraussetzung entfalten Begründungspflichten ihren disziplinierenden Effekt, siehe etwa *P. E. Tetlock*, *Journal of Personality and Social Psychology* 45 (1983), S. 74 (81); *P. E. Tetlock/L. Skitka/R. Boettger*, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 632 (638).



## Muss Verfahren kompensieren? Zur Notwendigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten

### I. Zielsetzung

Mit bemerkenswerter Selbstverständlichkeit setzt die verbreitete These, Verfahren erfüllten eine Ausgleichsfunktion, nicht nur die Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten voraus;<sup>1</sup> auch die Frage, ob und inwieweit die vermeintlichen Schwächen des materiellen Rechts überhaupt eines Ausgleichs bedürfen, wird selten gestellt und kaum je beantwortet. Doch wer von Kompensationen spricht, darf von den auszugleichenden Kompensationslagen nicht schweigen.<sup>2</sup> Und so stellt sich die ganz grundsätzliche Frage: Muss Verfahren denn wirklich etwas kompensieren? Bestehen in den skizzierten Referenzbeispielen also überhaupt Defizite, die einen Ausgleich erforderlich machen? Oder führt die Vorstellung prozeduraler Kompensation schon deshalb in die Irre, weil es ihr an einer zugleich ausgleichsermöglichenden und -erfordernden Defizitlage mangelt?

All dem nachzugehen, ist Ziel des folgenden Abschnitts. Seinen Auftakt bildet die Suche nach den richtigen Maßstäben und den in deren Lichte zu beurteilenden Ausgleichskonstellationen. Denn woran genau bemisst sich eigentlich, ob in einer bestimmten Konstellation ein Ausgleich (durch Verfahren) Not tut (dazu II.)? Und wie lassen sich die zahlreichen Einzelfälle, für die die Notwendigkeit eines solchen Ausgleichs behauptet wird,<sup>3</sup> so klassifizieren, dass die Prüfung, ob Verfahren kompensieren muss, über den Einzelfall hinausreichende Erkenntnisse verspricht (dazu III.)? Anhand dieser Fragen präzisiert der folgende Abschnitt damit zunächst, *welche vermeintlichen Kompensationslagen* anhand *welcher Maßstäbe* auf ihre Ausgleichsbedürftigkeit zu überprüfen sind. Erst ausgehend von diesen Vorklärungen analysiert er schließlich, inwiefern die

<sup>1</sup> Dazu soeben § 4.

<sup>2</sup> Zur Kompensationslage als notwendiger Bestandteil von Kompensationen *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 49; im Anschluss an diesen auch *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 47, 53; *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 67 f.; *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 204; siehe ferner *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 (661) sowie oben § 2 II 2 b).

<sup>3</sup> Siehe zu diesen ausführlich § 3 IV, V.

Konstellationen, in denen die Forderung nach prozeduralen Ausgleichsmechanismen begegnet, tatsächlich Schwächen aufweisen, die nach einer Kompensation verlangen (dazu IV.). Eine einheitliche Antwort findet er dabei nicht. Denn mögen Verfahrensorderungen auch hier wie dort einen Kompensationsanspruch erheben, so stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit eines Ausgleichs für Schwächen des einfachen Gesetzesrechts doch in ganz anderer Weise als für solche des Verfassungsrechts. Und selbst innerhalb der jeweiligen Normschicht hängt die Ausgleichsbedürftigkeit der Offenheit des materiellen Rechts, von Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung, von Gestaltungs- und Einschätzungsspielräumen der Gesetzgebungsorgane oder von den zuweilen behaupteten inhaltlichen Schwächen des materiellen Rechts von den spezifischen Umständen der jeweiligen Konstellation ab. Dass die behaupteten Schwächen des materiellen Rechts tatsächlich eines Ausgleichs bedürfen, trifft angesichts dessen weitaus seltener zu, als das gemeinhin angenommen wird.

## II. Maßstäbe: Woran bemisst sich die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation?

### 1. Normen statt Funktionen

Es zählt zu den offenen Flanken der bisherigen Kompensationsdiskussion, dass weithin Unklarheit darüber herrscht, welche Maßstäbe über die Ausgleichsbedürftigkeit der vermeintlichen Schwächen des materiellen Rechts entscheiden.<sup>4</sup> Woran genau sich bemisst, dass ein Ausgleich Not tut, bleibt meist das Geheimnis derjenigen, die ihn verlangen.<sup>5</sup> Indessen lässt das Anliegen, die Idee der Kompensation durch Verfahren gerade als Topos rechtlicher bzw. rechtswissenschaftlicher Argumentation auszuleuchten, insofern keinen Spielraum: Über die Ausgleichsbedürftigkeit der materiell-rechtlichen Vorgaben, deren Schwächen das Verfahren zu kompensieren beansprucht, entscheidet einzig das Recht selbst. Ausgleichsbedürftige Kompensationslagen begründen die vermeintlichen Schwächen des materiellen Rechts nur dort, wo sie zugleich zur Folge haben,

<sup>4</sup> Vgl. *I. Bonin*, Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, 2012, S. 47.

<sup>5</sup> Bemerkenswert und aufschlussreich ist insofern die Bemerkung von *E. Gurlit*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR IV, 2022, § 109 Rn. 7, es liege „im Auge des Betrachters, den Umschlagpunkt“ zu bestimmen, an dem das Verfahren nicht mehr nur die Aufgabe „einer ‚normalen‘ Rechtskonkretisierung“ erfülle, sondern stattdessen „eine rechtserzeugende Teilkompensation fehlender materieller Vorgaben“ übernehme. Die Antwort auf die Frage, wann das materielle Recht nach einem Ausgleich verlangt, scheint sie nicht anhand verallgemeinerbarer Maßstäbe entscheiden, sondern dem Gutdünken desjenigen überlassen zu wollen, der das Kompensationsmotiv bemüht. Ob ein Kompensationskonzept, das sich derart bereitwillig der Beliebigkeit Preis gibt, großen analytischen Wert verspricht, dürfte allerdings erheblichen Zweifeln unterliegen.

dass dieses hinter höherrangigen Rechtsanforderungen zurückbleibt. Denn wo aus rechtlicher Sicht kein Ausgleichsbedarf besteht, geht die Kompensationsthese aus juristischer Warte in gleich doppelter Weise fehl: Erstens, weil der Ausgleichsgedanke die rechtliche Beziehung von materiellem Recht und Verfahrenspflichten nicht treffend beschreibt, wenn unter rechtlichen Gesichtspunkten kein Anlass für Ausgleichsmaßnahmen zu erkennen ist; und zweitens, weil dort, wo die juristischen Vorgaben selbst nach keinem Ausgleich verlangen, die Idee der Kompensation durch Verfahren auch als rechtsdogmatische Argumentationsfigur nicht taugt. Zur Begründung ungeschriebener Verfahrenspflichten, die ihr ja zuweilen aufgetragen wird,<sup>6</sup> trägt sie dann nichts bei. Während sich die vorangegangenen Kapitel vorrangig an Funktionserwartungen orientierten, um die Vielfalt und Leistungen kompensatorischer Verfahrenspflichten klarer zu fassen, besinnen sich die folgenden Betrachtungen folglich auf eine normbezogene Perspektive zurück.

## 2. Binnendifferenzierungen

Freilich ist leicht zu erkennen, dass die Orientierung an rechtlichen Maßstäben nicht ohne Binnendifferenzierungen auskommt, weil sich Verwaltungs- und Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf den Umfang rechtlicher Bindungen maßgeblich unterscheiden. Während Verwaltungsentscheidungen auch durch die materiell-rechtlichen Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts gesteuert werden, unterliegen die Gesetzgebungsorgane allein den inhaltlichen Schranken, die das Verfassungsrecht selbst etabliert.<sup>7</sup> Zielt Kompensation durch Verfahren aber darauf, vermeintliche Schwächen der materiell-rechtlichen Entscheidungsdirektiven auszugleichen, deren Kompensationsbedürftigkeit gerade daraus folgt, dass diese hinter den Anforderungen höherrangigen Rechts zurückbleiben, so verweist die Frage, ob überhaupt eine Kompensationslage besteht, für Verwaltungs- und Gesetzgebungsverfahren folglich auf unterschiedliche Maßstäbe.

### a) Allgemeines Verfassungsrecht

Ob an die Entscheidungsfindung der Verwaltung adressierte Verfahrensanforderungen tatsächlich auf ein auszugleichendes Defizit reagieren, beurteilt sich angesichts dessen im Lichte des allgemeinen Verfassungsrechts. Die materiell-rechtlichen Bindungen der Verwaltung, deren vermeintliche Schwächen sie

---

<sup>6</sup> Siehe dazu etwa die Beispiele oben §3 IV 2 c) bb), V 2 i) und j), in denen sich die Rechtsprechung zur Begründung ungeschriebener Verfahrensanforderungen jeweils maßgeblich (auch) auf den Kompensationsgedanken beruft.

<sup>7</sup> Siehe Art. 20 Abs. 3 GG; *U. Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 18.

auszugleichen beanspruchen, sind solche des einfachen Gesetzesrechts. Da sich dieses seinerseits an der Gesamtheit grundgesetzlicher Vorgaben messen lassen muss, bildet das allgemeine Verfassungsrecht zugleich den Maßstab dafür, ob sich die inhaltliche Vorsteuerung der Verwaltungsentscheidung aus rechtlicher Perspektive als defizitär erweist und folglich des Ausgleichs bedarf.

### b) Integrationsfestes Verfassungsrecht

Selbst für das Verwaltungsrecht unterliegt dieser Maßstab allerdings überall dort Einschränkungen, wo die vermeintlichen Schwächen der materiell-rechtlichen Entscheidungsdirektiven auf zwingende Vorgaben des Unionsrechts zurückgehen. Verlangt etwa das Unionsrecht, bestimmte Verwaltungsentscheidungen von unabhängigen Behörden treffen zu lassen,<sup>8</sup> lässt sich deren fehlende Einbindung in die Strukturen der Fachaufsicht nicht an den allgemein verfassungsrechtlichen Grundsätzen messen.<sup>9</sup> Und verbieten die unionsrechtlichen Bestimmungen die inhaltliche Detailsteuerung bestimmter administrativer Entscheidungen, indem sie durch intensive Vorgaben zu den anzuwendenden Entscheidungsverfahren deutlich machen, dass der Inhalt der verfahrensabschließenden Entscheidungen erst im Verfahren gewonnen werden soll,<sup>10</sup> so muss sich die Offenheit der materiellen Gesetzesvorgaben ebenfalls nicht am Gesamtbestand verfassungsrechtlicher Vorgaben messen lassen. Stattdessen hat die Tatsache, dass das Unionsrecht im Grundsatz auch gegenüber dem Verfassungsrecht (Anwendungs-)Vorrang genießt,<sup>11</sup> zur Folge, dass auch unionsrecht-

<sup>8</sup> So bspw. im Bereich der Energiemärktregulierung, siehe insofern zur unionsrechtlich verlangten Unabhängigkeit der BNetzA Art. 35 Abs. 4, 5 der Richtlinie 2009/72 sowie dazu EuGH, Urt. v. 02.09.2021, Rs. C-718/18 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 107 ff.

<sup>9</sup> Zum Ausschluss der Fachaufsicht über Behörden mit unionsrechtlich bedingter Unabhängigkeit etwa EuGH, Urt. v. 02.09.2021, Rs. C-718/18 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 108: „Zum Begriff der ‚Unabhängigkeit‘, [...] hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass dieser Begriff in Bezug auf öffentliche Stellen seinem gewöhnlichen Sinn nach eine Stellung bezeichnet, die garantiert, dass die betreffende Stelle im Verhältnis zu den Einrichtungen, denen gegenüber ihre Unabhängigkeit zu wahren ist, völlig frei handeln kann und dabei vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt ist“; ausführlich dazu, auch zur hiergegen vorgebrachten verfassungsrechtlichen Kritik *M. Ludwigs*, in Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, S. 251 (252 ff.).

<sup>10</sup> So etwa im Bereich der Telekommunikationsmärktregulierung, siehe EuGH, Urt. v. 03.12.2009, Rs. C-424/07 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 105 ff. Vgl. allgemein zur zugrundeliegenden Annahme, dass Verfahrensvorgaben, insbes. zur grenzüberschreitenden Behördenkooperation, materielle Spielräume erforderlich machen können *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 266 unter Verweis auf *D. Ehlers*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 1449.

<sup>11</sup> Hierzu *A. Funke*, DÖV 2007, S. 733 (734 ff.); *T. H. Irmscher*, in: Schöbener (Hrsg.), Europarecht, 2019, Rn. 51 (61); treffend differenzierend *P. Kirchhof*, NJW 2022, 1049 (1050 f.); ausführlich *T. Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013, insbes. S. 44 ff., 94 ff., 200 ff.; *M. Schwamborn*, Maßstäbe der europäischen Integration, 2022, S. 45 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 140, 317 (335); 129, 78 (100); siehe auch *W. Kahl*,

lich determinierte Gesetzesvorgaben nur an den verfassungsrechtlichen Maßstäben gemessen werden können, die das Grundgesetz der europäischen Integration in Art. 23 Abs. 1 GG selbst setzt.<sup>12</sup>

Das BVerfG hat die dort formulierten Grundsätze bekanntlich in drei Kontrollvorbehalten näher konkretisiert, die zugleich die verbleibenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe zu erkennen geben:<sup>13</sup> Sofern der grundrechtliche Schutzstandard auf Unionsebene nicht „generell“ hinter dem jeweils „als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz“ zurückbleibt, scheiden die Grundrechte des Grundgesetzes<sup>14</sup> demnach als Kontrollmaßstab aus (sog. Solange-Vorbehalt).<sup>15</sup> Und auch die Kompetenzgrenzen der Union entfalten über das Art. 38 Abs. 1 GG entnommene „Recht auf Demokratie“<sup>16</sup> nur insofern Maßstabswirkung, als sie vor offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzverschiebungen zu Lasten der Mitgliedstaaten bewahren (sog. *ultra vires*- bzw. Kompetenzvorbehalt).<sup>17</sup> Angesichts dessen sind unionsrechtlich determinierte Gesetzesvorgaben schließlich drittens in erster Linie daran zu messen, ob sie den nach Art. 79 Abs. 3 GG „unantastbare[n] Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes“ wahren, auf den Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG den Bund auch im Hinblick auf die europäische Einigung verpflichtet (sog. Identitätskontrolle).<sup>18</sup> In den Sonderkonstellationen, in denen Verfahrensanforderungen Schwächen des materiellen Rechts auszugleichen versuchen, die auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhen, bestehen ausgleichsbedürftige Kompensationslagen folglich in erster Linie dann, wenn sie die in den Art. 1 GG und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berühren.

### c) Änderungsfestes Verfassungsrecht

In ganz ähnlicher Weise schränkt sich der Kreis der für die Ausgleichsbedürftigkeit des materiellen Rechts maßstabsbildenden Verfassungsbestimmungen

---

Die Verwaltung 29 (1996), S. 341 (375), der den Anwendungsvorrang als „hinreichend geklärte[n] und gesicherte[n] Bestand“ bezeichnet.

<sup>12</sup> Siehe etwa R. Streinz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR X, 3. Aufl. 2012, § 218 Rn. 40; im Ergebnis ebenso BVerfGE 152, 216 (233 ff., insbes. 236); zur eingeschränkten Grundrechtskontrolle bei unionsrechtlich voll determinierten Gesetzesvorgaben auch S. Augsberg, DÖV 2010, S. 153 (156 ff.).

<sup>13</sup> Ausführlich nun R. Pracht, Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, 2022; siehe ferner M. Schwamborn, Maßstäbe der europäischen Integration, 2022, S. 181 ff., 247 ff.; A. Schwerdtfeger, EuR 2015, S. 290 (291 ff.).

<sup>14</sup> Zur Maßstäblichkeit der Unionsgrundrechte BVerfGE 152, 216 (233 ff.).

<sup>15</sup> Grundlegend BVerfGE 73, 339 (387).

<sup>16</sup> BVerfGE 142, 123 (200); kritisch zu dieser Interpretation des Art. 38 Abs. 1 GG etwa M. Jestaedt, Der Staat 48 (2009), S. 497 (503 f.); C. Schönberger, Der Staat 48 (2009), S. 535 (539 ff.); ders., JZ 2010, S. 1160 (1160 ff.).

<sup>17</sup> Siehe etwa BVerfGE 151, 202 (296 ff.) sowie bereits zuvor BVerfGE 126, 286 (304); 134, 366 (392); 142, 123 (200 ff.).

<sup>18</sup> Siehe insbes. BVerfGE 140, 317 (335 ff.); Zitat aus BVerfGE 123, 267 (354).



schließlich dort ein, wo Verfahrensankorderungen nicht auf den Ausgleich von Defiziten des einfachen Gesetzesrechts zielen, sondern stattdessen die vermeintlichen Schwächen der inhaltlichen Vorgaben kompensieren sollen, denen die Gesetzgebungsorgane selbst unterliegen. Da sich derartige inhaltliche Bindungen der Legislative nur aus dem materiellen Verfassungsrecht ergeben, provoziert die Annahme, sie wiesen kompensationsbedürftige Defizite auf, die alte Frage nach Möglichkeit und Maßstäben verfassungswidrigen Verfassungsrechts.<sup>19</sup> Art. 79 Abs. 3 GG gibt auf sie im Grundsatz zwar eine positive Antwort.<sup>20</sup> Doch dessen Maßstabswirkung stößt im Hinblick auf die vermeintlichen Schwächen des materiellen Verfassungsrechts auf gleich zwei Hürden: Die Beschränkung auf Verfassungsänderungen (dazu lit. aa) und das Erfordernis, dass diese die änderungsfesten Grundsätze „berühren“ (dazu lit. bb).

#### *aa) Beschränkung des Art. 79 Abs. 3 GG auf Änderungen des Grundgesetzes*

Eine erste Grenze für die Maßstäblichkeit des Art. 79 Abs. 3 GG zeigt sich, wenn man sich vor Augen führt, dass er einzig auf „Änderungen“ des Grundgesetzes Anwendung findet. Zwar mag noch immer eine gewisse Unklarheit darüber bestehen, ob die von Art. 79 Abs. 3 GG angesprochenen Verfassungsänderungen auch Verfassungsneugebungen, wie insbesondere die in Art. 146 GG vorgesehene Verfassungsablösung, erfassen.<sup>21</sup> Keinerlei Zweifel bestehen

<sup>19</sup> Zur entsprechenden Diskussion O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951; C. Eilenbrock, Art. 91e GG und das Verdikt verfassungswidrigen Verfassungsrechts, 2018, insbes. S. 210 ff.; P. Grosskreutz, *Normwidersprüche im Verfassungsrecht*, 1966, S. 32 ff.; F. Müller, *Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus*, 2. Aufl. 2007, S. 125 ff.

<sup>20</sup> Siehe nur M. Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 79 Rn. 74 (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014); zur Frage überpositiver Rechtsbindungen der verfassungsgebenden und -ändernden Gewalt, D. Murswiek, *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1978, S. 137 ff.; C. Winterhoff, *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung*, 2007, S. 156 ff.

<sup>21</sup> Vgl. dazu M. Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 79 Rn. 88 (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014) sowie ebd., Art. 146 Rn. 47 ff. (Stand: 67. Erg.-Lfg. November 2012); weit überwiegend wird eine Bindung des *pouvoir constituant* an die Vorgaben des Art. 79 GG indes abgelehnt, siehe etwa B.-O. Bryde, in: von Münch/Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 4; K.-E. Hain, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 31, der in Fn. 42 treffend vom „positiv-rechtlich nicht bindbaren *pouvoir constituant*“ spricht; B. Schöbener, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Rn. 46 (Stand: 45. Erg.-Lfg. Mai 2015); C. Winterhoff, *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung*, 2007, S. 242 implizit auch ebd., S. 357 in Fn. 6; D. Zacharias, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 57 (61); zur Sonderkonstellation des Art. 146 GG ebenso D. Murswiek, *Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1978, S. 136 f.; F. Scriba, „Legale Revolution“?, 2. Aufl. 2009, S. 322 ff.; J. Theurer, *Die Ablösung des Grundgesetzes durch Art. 146 GG*, 2011, S. 123 ff.; ausführlicher Überblick zum Anwendungsbereich des Art. 79 GG bei F. Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Abs. 1 und 2 Rn. 147 ff. (Stand: 183. Aktualisierung März 2017).

hingegen daran, dass Art. 79 Abs. 3 GG seine Maßstabsfunktion nur gegenüber verfassungsrechtlichen Neuregelungen entfaltet, sich also nur auf nachkonstitutionelle Akte der verfassungsändernden (oder ggfs. auch -gebenden) Gewalt erstreckt. Verfassungsnormen, die in unveränderter Form bereits von Beginn an Teil des Grundgesetzes waren, lassen sich hingegen schon deshalb nicht an ihm messen, weil er ihnen zeitlich nicht vorausliegt, sondern seine Geltung demselben Kurationsakt verdankt, auf den auch die übrigen Normen der grundgesetzlichen Ursprungsfassung zurückgehen.<sup>22</sup> Sofern sich die Kompensationsthese tatsächlich auf den Ausgleich von Schwächen materiell-rechtlicher Verfassungsvorgaben bezieht, die sich aus unveränderten Grundgesetzbestimmungen ergeben, fehlt ihr aus (national-)rechtlicher Perspektive folglich ein Maßstab, vor dessen Hintergrund sich eben diese Schwächen als ein aus rechtlicher Perspektive ausgleichsbedürftiges Defizit darstellen könnten.<sup>23</sup>

*bb) Erfordernis des „Berührens“*

Und selbst nachträglich eingeführte Verfassungsnormen erweisen sich gemessen an den von Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Grundsätzen nur dann als ausgleichsbedürftig und defizitär, wenn sie eben diese Grundsätze „berühren“, wie Art. 79 Abs. 3 GG es formuliert. Das aber erscheint für die betreffenden Normen schon deshalb alles andere als eindeutig, weil sie angesichts ihrer eigenen Unbestimmtheit oder der durch sie bewirkten Einschränkungen gerichtlicher Kontrolle zwar punktuell von Verfassungsgrundsätzen (etwa dem Bestimmtheitsgebot oder der Rechtsweggarantie) abweichen mögen,<sup>24</sup> diese Grundsätze aber in ihrer Geltung und Maßstäblichkeit für künftige Gesetzgebungsakte völlig unberührt lassen.<sup>25</sup> In seiner anfänglichen Rechtsprechung

<sup>22</sup> Vgl. C. Vismann, in: Denninger/Hofmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 79 Rn. 42 (Stand: August 2002): „Die verfassungsgebende Gewalt wird von Abs. 3 nicht adressiert. Sie kann auch nicht rückwirkend an diese Norm gebunden werden.“

<sup>23</sup> Zu unions- und völkerrechtlichen Maßstäben noch sogleich § 5 II 2 e).

<sup>24</sup> Dazu ausführlich noch unten § 5 IV 1 b) bb), IV 1 c) bb), IV 1 d) bb), IV 2 b) bb), IV 4 b) aa).

<sup>25</sup> Die Konstellation erinnert insofern an diejenige, die in der Zeit der Weimarer Republik unter dem Begriff der (materiellen) „Verfassungsdurchbrechung“ diskutiert und dort von Verfassungsänderungen ausdrücklich unterschieden wurde (siehe dazu statt vieler etwa S. Jesselsohn, Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht, 1929, S. 22 f.; G. Leibholz, AöR 61 (N.F. 22) (1932), S. 1; C. Schmitt, Verfassungslehre [1928], 11. Aufl. 2017, S. 106 ff.). Die materielle Verfassungsdurchbrechung beschreibt dabei eine materiell verfassungsändernde „Anordnung [...], die für einen konkreten Einzelfall Bestimmungen trifft, welche abweichen von Normen der Verfassung, welche im übrigen in Kraft bleiben“ (so R. Thoma in seinem aus dem Jahr 1932 stammenden Beitrag „Die Funktionen der Staatsgewalt“, wiederabgedruckt in: ders., Rechtsstaat-Demokratie-Grundrechte, 2008, S. 301 [363]). Knapp aber instruktiv zu dieser Debatte H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 I Rn. 18 ff. m. w. Nachw. sowie C. Vismann, in: Denninger/Hofmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 79 Rn. 17 (Stand: August 2002).

antwortete das BVerfG auf die damit angesprochene Schwierigkeit mit der bekannten Formulierung, Art. 79 Abs. 3 GG wolle lediglich vor einer „prinzipiellen Preisgabe“ der von ihm aufgeführten Grundsätze schützen.<sup>26</sup> In ihrer allgemeinen Maßstabsfunktion, nämlich „als Grundsätze“, seien diese indes „von vornherein nicht ‚berührt‘, wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen“ werde und sie lediglich „für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evident sachgerechten Gründen modifiziert“ würden.<sup>27</sup> In der Folgerechtsprechung findet sich das Kriterium der „prinzipiellen Preisgabe“ indes nicht mehr. Zwar hält das Gericht an der Zulässigkeit von Modifikationen „aus sachgerechten Gründen“ fest, doch bezieht es diese ausdrücklich nicht auf die Grundsätze selbst, sondern lediglich auf deren „positivrechtlichen Ausprägungen“.<sup>28</sup> Die darin erkennbare Tendenz, die minimalistische Interpretation des Merkmals des „Berührens“ aufzugeben und die Gefahr einer Verfassungsversteinerung stattdessen durch die Unterscheidung zwischen absolut geschützten Grundsätzen und deren modifizierbaren Ausprägungen zu bannen,<sup>29</sup> fügt sich auch in die Deutung gut ein, die Art. 79 Abs. 3 GG zuletzt in der Karlsruher Rechtsprechung zum Europaverfassungsrecht gewonnen hat. Die durch Art. 79 Abs. 3 GG für änderungsfest erklärten Schutzgüter duldeten, so formuliert das BVerfG dort kategorisch, „auch keine Relativierung im Einzelfall“.<sup>30</sup> Im Ergebnis schwenkt die Karlsruher Judikatur damit offenbar auf die strengere Linie ein, die die Richter *Geller*, *von Schlabrendorff* und *Rupp* bereits in ihrem Sondervotum zum Abhörurteil vertraten und nach der es für eine Berührung der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsätze genügen soll, wenn diese „in einem Teilbereich der Freiheitssphäre des Einzelnen [...] ganz oder zum Teil außer Acht gelassen werden“.<sup>31</sup> Im Schrifttum<sup>32</sup> und der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>33</sup> hat diese, den Änderungsschutz des Art. 79 Abs. 3 GG stärkende Deutung – mit vereinzelt Variationen im Detail – zu Recht Zustim-

<sup>26</sup> BVerfGE 30, 1 (24).

<sup>27</sup> BVerfGE 30, 1 (24).

<sup>28</sup> Siehe etwa BVerfGE 94, 49 (103); 84, 90 (120f.); ebenso BVerfGE 109, 279 (310); offenbar noch enger BVerfGE 137, 108 (145): „Art. 20 Abs. 1 bis Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG hindern den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht, *in begrenzten Ausnahmefällen* die konkreten Ausprägungen der dort verankerten Grundsätze aus sachgerechten Gründen zu modifizieren“ (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>29</sup> Vgl. dazu *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III Rn. 19; *C. Vismann*, in: Denninger/Hofmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 79 Rn. 47 (Stand: August 2002).

<sup>30</sup> BVerfGE 140, 317 (341).

<sup>31</sup> BVerfGE 30, 1 (41).

<sup>32</sup> Siehe etwa *H.-U. Erichsen*, VerwArch 62 (1971), S. 291 (294ff.); *H.-U. Evers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Abs. 3 Rn. 150 (Stand: Zweitbearbeitung, Oktober 1982); *P. Häberle*, JZ 1971, S. 145 (149); *H. H. Rupp*, NJW 1971, S. 284 (284); ausführlich *D. Zacharias*, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57 (63 ff.).

<sup>33</sup> ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (85).

mung gefunden. Für sie spricht nicht nur der Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG,<sup>34</sup> weil das Verb „berühren“ im herkömmlichen Sprachgebrauch schlichtweg jeden Kontakt mit dem berührten Gegenstand erfasst, ohne hierfür eine bestimmte Intensität vorauszusetzen.<sup>35</sup> Auch in historisch-teleologischer Perspektive überzeugt die strenge Lesart des Art. 79 Abs. 3 GG, beugt doch nur sie der Gefahr vor, dass die eigentlich für änderungsfest erklärten Grundsätze durch zahlreiche punktuelle Abweichungen nach und nach ausgehöhlt werden.<sup>36</sup> Die Schwelle, wann derartige Einzelfallabweichungen in ihrem Zusammenwirken in eine substantielle Erosion der geschützten Grundsätze – und damit in deren „prinzipielle Preisgabe“ – umschlagen, dürfte sich zudem kaum bestimmen lassen. Jenseits quasi-revolutionärer Umgestaltungen der Verfassungsordnung droht die minimalistische Lesart des Berührens-Erfordernisses daher, Art. 79 Abs. 3 GG weitgehend leerlaufen zu lassen.<sup>37</sup>

### cc) Zwischenergebnis

Für die Überprüfung der Kompensationsthese folgt aus alledem: Im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG können sich nur solche Verfassungsnormen als defizitär und ausgleichsbedürftig erweisen, die Gegenstand einer nachträglichen Verfassungsänderung waren, also etwa erst durch eine solche in den Text des Grundgesetzes aufgenommen wurden. Ist das der Fall, genügt es für das von Art. 79 Abs. 3 GG vorausgesetzte „Berühren“ allerdings, wenn sie selbst hinter den Anforderungen der in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Grundsätze zurückbleiben; sie lassen sich an diesen folglich auch dann messen, wenn sie deren Maßstäblichkeit, d. h. deren Gehalt und Geltung darüber hinaus unberührt lassen.

### d) Föderalisierungsfestes Verfassungsrecht

Einen Sonderfall scheint insofern das Landesverfassungsrecht darzustellen. Aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts ist der Landesgesetzgeber selbst dann, wenn er in verfassungsändernder Funktion agiert, an alle Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen des Bundes gebunden, die sich in personeller und

---

<sup>34</sup> Auf den Wortlaut verweisen auch ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (85); *H.-U. Evers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Abs. 3 Rn. 150 (Stand: Zweitbearbeitung, Oktober 1982).

<sup>35</sup> In diese Richtung auch *D. Zacharias*, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57 (64).

<sup>36</sup> *H.-U. Evers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Abs. 3 Rn. 150 (Stand: Zweitbearbeitung, Oktober 1982); ebenso bereits früh unter Berufung auf einen entsprechenden Willen der Mitglieder des Parlamentarischen Rates *H. Ehmke*, AöR 79 (1953/1954), S. 385 (393); kritisch hingegen *M. Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 Rn. 85 (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014).

<sup>37</sup> In diese Richtung auch *B.-O. Bryde*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 37.

sachlicher Hinsicht auf ihn erstrecken. Im Grundsatz ist die Beurteilung der Ausgleichsbedürftigkeit landesverfassungsrechtlicher Bestimmungen daher auch nicht auf die Maßstäbe des Art. 79 Abs. 3 GG beschränkt. Vielmehr muss sich die – etwa im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs<sup>38</sup> oder der Gesetzgebung zur Privatschulfinanzierung<sup>39</sup> begegnende – Behauptung, die materielle Unbestimmtheit oder Offenheit landesverfassungsrechtlicher Normen bedürfe eines Ausgleichs (durch Verfahren), in erster Linie an den Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG bewähren. Die „Grundsätze[.] des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne [des] Grundgesetzes“ erklärt dieser auch im Hinblick auf die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern für verbindlich. Freilich spricht schon die sprachliche Ähnlichkeit zur Formulierung des Art. 79 Abs. 3 GG, der ja ebenfalls auf die entsprechenden „Grundsätze“ verweist, dafür, Rechtsstaats- und Republik-, Sozialstaats- und Demokratieprinzip nicht in allen dogmatischen Ausformungen, die diese in Verfassungsrechtsprechung und -wissenschaft angenommen haben, auch auf die Länder zu übertragen. Stattdessen legt der Wortlaut es nahe, die Homogenitätsanforderungen des Art. 28 Abs. 1 GG auf den nach Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfesten Kern der genannten Verfassungsprinzipien zu begrenzen.<sup>40</sup> Seinem Anliegen, die Verfassungsidentität zu wahren<sup>41</sup> und insofern „Strukturgleichheit“<sup>42</sup> zwischen Bund und Ländern zu gewährleisten, kann Art. 28 Abs. 1 GG zudem auch gar nicht anders gerecht werden. Denn stellte der Bund an die Verfassungsordnung der Länder höhere Anforderungen als diejenigen, denen er selbst unterliegt, geriete der intendierte Gleichlauf in den Grundprinzipien schon deshalb in Gefahr, weil der für die Länder verbindliche Mindeststandard auf Bundesebene unterschritten werden könnte. Auf den zweiten Blick gilt daher auch für vermeintliche Defizite landesverfassungsrechtlicher Bestimmungen nichts wesentlich anderes als für solche auf Ebene des Grundgesetzes: Auch im Hinblick auf sie ist die Frage, ob sie tatsächlich eines Ausgleichs bedürfen, am Maßstab der „Grundsätze“ des Art. 20 GG zu beurteilen, wie sie auch Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug nimmt.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Oben § 3 V 1 a), V 2 k), V 4 f), V 5 g).

<sup>39</sup> Oben § 3 V 2 j), V 4 e), V 5 f).

<sup>40</sup> Für einen solchen Gleichlauf der genannten Grundsätze auch *H. Hofmann*, in: Festschrift für K.H. Neumayer, 1985, S. 281 (293 f.); *P. M. Huber*, NdsVBl. 2011, S. 233 (234); *V. Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 28 Rn. 48 (Stand: 76. Erg.-Lfg. Dezember 2015); *H.-P. Schneider*, DÖV 1987, S. 749 (751); anders hingegen, auch unter Berufung auf terminologische Unterschiede, *W. Graf Vitzthum*, VVDStRL 46 (1988), S. 7 (29 f.).

<sup>41</sup> *P. M. Huber*, NdsVBl. 2011, S. 233 (234); *V. Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 28 Rn. 48 (Stand: 76. Erg.-Lfg. Dezember 2015).

<sup>42</sup> *P. M. Huber*, AöR 126 (2001), S. 165 (173).

<sup>43</sup> Anders als Art. 79 Abs. 3 GG verweist Art. 28 Abs. 1 GG allerdings nicht auf die Grundsätze des Art. 1 GG. Soll deren Geltung aber für den Bund unverfügbar sein, erscheint es kaum überzeugend, anzunehmen, die Länder dürften von ihnen abweichen.

e) Völkerrecht und Recht der Europäischen Union

Strukturell denkbar erscheint es schließlich, dass sich grund- wie einfachgesetzliche Vorgaben aus der Perspektive des Völkerrechts oder im Lichte der Anforderungen des Rechts der Europäischen Union als defizitär erweisen. Die folgenden Überlegungen werden darauf noch vereinzelt zurückkommen, doch ist leicht erkennbar, dass den völker- und europarechtlichen Anforderungen für die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern die materiellen Bestimmungen des deutschen Rechts eines Ausgleichs bedürfen, eine zwar keinesfalls randständige, aber jedenfalls keine verallgemeinerbare Rolle zukommt. Wie noch deutlich werden wird,<sup>44</sup> können bereichsspezifische Vorgaben des sekundären Unionsrechts im Hinblick auf einige der (vermeintlichen) Schwächen des materiellen Rechts, an die die Kompensationsdebatte anknüpft, zwar durchaus von Bedeutung sein. Die Maßstabswirkung der bereichsübergreifenden Erwartungen des Völker- und Unions(primär)rechts bleibt indes begrenzt, weil sie für die Beurteilung der Kompensationslagen, um deren Ausgleich sich die skizzierten Verfahrensanforderungen bemühen, regelmäßig hinter den Ansprüchen zurückbleiben, die das Grundgesetz (mit Bestimmtheitsgrundsatz, Gesetzesvorbehalt und Rechtsschutzgarantie)<sup>45</sup> selbst formuliert: Bestimmtheitsanforderungen an die nationale Rechtssetzung formuliert das Unionsrecht einzig insofern, als es die Rechtsstaatlichkeit zu den nach Art. 2 EUV verbindlichen Grundwerten der Union zählt,<sup>46</sup> doch bleiben die dogmatischen Konturen dieser Bestimmtheitsforderung bislang vage; und angesichts der gerade auch im Rechtsvergleich herausgehobenen Bedeutung, die das deutsche Verfassungsrecht der materiell-rechtlichen Bestimmtheit beimisst, spricht wenig dafür, dass die unionsrechtlichen Forderungen die grundgesetzlichen Erwartungen übersteigen. Die unions- und völkerrechtlichen, meist grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte hingegen erschöpfen sich weitgehend in bloßen Rechtssatzvorbehalten, die – weil sie eher rechtsstaatlich als demokratisch fundiert sind<sup>47</sup> – regelmäßig kein formelles Parlamentsgesetz erfordern<sup>48</sup> und jedenfalls in ihrer an die

<sup>44</sup> Siehe unten § 5 IV 4 a) bb) (3), IV 4 a) cc) (4) sowie IV 4 b) cc) (2) in Fn. 522.

<sup>45</sup> Dazu gleich noch unten § 5 IV 1 b), IV 1 c), IV 2 b).

<sup>46</sup> Siehe zum Bestimmtheitsgrundsatz als Ausfluss des unionsrechtlichen Bekenntnisses zur Rechtsstaatlichkeit nur C. Calliess, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. EUV Rn. 27 unter Berufung auf EuGH, Urt. v. 09.07.1981, Rs. 169/80 – Gondrand Freres, Rn. 17; zu dem für unionale Rechtsvorschriften verbindlichen Bestimmtheitsgrundsatz W. Kahl, in: ders./Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 66 Rn. 39.

<sup>47</sup> W. Kahl, in: ders./Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 66 Rn. 29.

<sup>48</sup> Für die Gesetzesvorbehalte des internationalen und europäischen Grundrechtsschutzes etwa B. Fassbender, in: Klein (Hrsg.), Gewaltenteilung und Menschenrechte, 2. Aufl. 2010, S. 83 (125); W. Kahl, in: ders./Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 66 Rn. 29; ebenso F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 33; anders hingegen E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 54c.

Mitgliedstaaten gerichteten Dimension<sup>49</sup> auch keine – der deutschen Wesentlichkeitslehre ähnlichen – Anforderungen an Bestimmtheit oder Regeldichte gesetzlicher Normen formulieren.

Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes schließlich findet vermittelt über Art. 6 und Art. 13 EMRK sowie über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 EU-GRCh zwar auch im Völker- und Unionsrecht Ausdruck.<sup>50</sup> Doch reichen auch diese in Anwendungsbereich und Gewährleistungsumfang nicht an die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG heran: Während Art. 6 EMRK sich bereits seinem Wortlaut nach auf zivil- und strafrechtliche Verfahren beschränkt und er verwaltungsrechtliche Streitigkeiten daher – trotz der autonom-erweiternden Auslegung der Garantie durch den EGMR – jedenfalls nicht durchweg erfasst,<sup>51</sup> verpflichtet Art. 13 EMRK die Mitgliedstaaten lediglich dazu, für Verletzungen der Konventionsrechte, nicht aber für solche anderer subjektiv-öffentlicher Rechte, wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, der anders als Art. 19 Abs. 4 GG zudem auch nicht notwendigerweise von Gerichten erbracht werden muss.<sup>52</sup> Und für die unionsrechtlichen Rechtsschutzgarantien ist weitgehend anerkannt, dass ihr Schutzniveau gerade im Hinblick auf die Kontrolldichte bei – den für die Kompensationsthese besonders interessierenden – Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung im Allgemeinen<sup>53</sup> hinter demjenigen des Art. 19 Abs. 4 GG zurückbleibt.<sup>54</sup> Sofern das materielle Recht den grundgesetzlichen Anforderungen Stand hält und aus verfassungsrechtlicher Perspektive folglich kein auszugleichendes Defizit besteht, erscheint

<sup>49</sup> Zum Aufkommen einer Wesentlichkeitslehre auf Ebene des Unionsrechts aber *W. Kahl*, in: ders./Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 66 Rn. 29 sowie knapp auch *B. Grzeszick*, ebd., § 72 Rn. 67, jew. mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 05.09.2012, Rs. C-355/10 – Parlament/Rat, Rn. 64; siehe auch *H. Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 277: „Die demokratische Säule des Gesetzesvorbehalts bekommt auf europäischer Ebene immer mehr Gewicht.“

<sup>50</sup> Allgemein zu unions- und völkerrechtlichen Rechtsschutzgarantien *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 33 ff., 43 ff. sowie *ders./T. Rademacher*, JöR 61 (2013), S. 61.

<sup>51</sup> Vgl. dazu *E. Pache*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 77 Rn. 51 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 34 f.

<sup>52</sup> *E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 62 a.

<sup>53</sup> Auf vereinzelte Ausnahmen weist aber *E. Pache*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 77 Rn. 76 hin.

<sup>54</sup> Siehe etwa *E. Pache*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 77 Rn. 64 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 54; *J. Schwarze*, NVwZ 2000, S. 241 (249 f.); ausführlich und im Ergebnis ebenso auch *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 407 ff.; der Tendenz nach wohl auch *E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 64 b; vgl. ferner *A. Rbib*, Beurteilungsspielräume im Europäischen Verwaltungsrecht am Beispiel des Migrations- und Umweltrechts, 2023, S. 30, der in diesem Zusammenhang kritisiert, der EuGH habe noch kein „umfassendes Rechtsschutzkonzept“ entwickelt und sich zur Frage der Kontrolldichte bislang nur „bruchstückhaft“ geäußert.

es angesichts dessen entbehrlich, die skizzierten völker- und unionsrechtlichen Maßstäbe ergänzend heranzuziehen.

### 3. Ergebnis

Was aus diesen Überlegungen folgt, lässt sich in vier Punkten zusammenführen: Erstens ist die Frage, ob das materielle Recht tatsächlich nach einem (prozeduralen) Ausgleich verlangt, ihrerseits an rechtlichen Maßstäben zu messen. Nur dann, wenn die Kompensationsthese gerade rechtliche Defizite in den Blick nimmt, überzeugt sie als rechtswissenschaftliche Beschreibung. Ausgehend davon setzt die Überzeugung, Anforderungen an das Verwaltungsverfahren könnten Schwächen der materiellen Gesetzesdirektiven ausgleichen, zweitens im Normalfall voraus, dass die gesetzlichen Vorgaben hinter den Anforderungen zurückbleiben, die das Grundgesetz an sie stellt. Wo das materielle Recht auf unionsrechtliche Umsetzungsvorgaben zurückgeht, reduziert sich dieser Maßstab auf den integrationsfesten Kern der Verfassung: die Vorgaben des Art. 79 Abs. 3 GG. Die behauptete Kompensationsfunktion von legislativen Verfahrensanforderungen ist demgegenüber drittens stets daran zu messen, ob das materielle Bundes- oder Landesverfassungsrecht, dessen Schwächen das Verfahren in diesen Konstellationen ja auszugleichen beansprucht, hinter den durch Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfest verbürgten Grundsätzen des Art. 20 GG zurückbleibt. Und viertens kann sich das nationale Recht schließlich auch im Lichte von Unions- und Völkerrecht als defizitär erweisen. Da die unions- und völkerrechtlichen Vorgaben, die für die hier interessierenden Kompensationslagen interessant sein könnten, aber inhaltlich durchweg kürzer greifen als die inhaltlich entsprechenden Garantien des Grundgesetzes, werden sie von diesen überlagert.

### III. Kompensationslagen: Für welche Konstellationen wird die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation behauptet?

Erschwert wird die Beantwortung der Frage, ob Verfahren denn überhaupt etwas kompensieren müssen, indes nicht nur durch die Suche nach einschlägigen Maßstäben, sondern zudem auch durch die Vielfalt der Einzelfälle, in denen Rechtsprechung und Schrifttum für einen Ausgleich durch Verfahren plädieren. Denn erlaubt die Frage jenseits individueller Fallanalysen überhaupt eine sinnvolle Antwort? Die Gemeinsamkeiten, die verwaltungs- und verfassungsrechtliche Prozeduralisierung im Hinblick auf die auszugleichenden Kompensationslagen aufweisen, stimmen insofern vorsichtig optimistisch – und das, obwohl die Befunde des dritten Kapitels belegen, dass weder der pauschale Verweis auf Schwächen des materiellen Rechts noch derjenige auf die Unbestimmt-



heit materiell-rechtlicher Vorgaben die Ausgangslagen, in denen Verfahren Kompensationsleistungen zugesprochen werden, erschöpfend und differenziert genug beschreiben.<sup>55</sup> Dennoch: Bemüht man sich, die vermeintlich unverbundenen Einzelfälle zu systematisieren, so zeigt sich, dass Verfahrensanforderungen in Verwaltungs- und Legislativverfahren nicht nur aus funktionsbezogener Perspektive auf den Ausgleich der teils gleichen Defizite zielen,<sup>56</sup> sondern dass die rechtlichen Konstellationen, in denen sie das tun, auch aus juristischer Perspektive einer überschaubaren Anzahl gemeinsamer Kategorien unterfallen: Der Ruf nach prozeduralen Kompensationsmaßnahmen wird zum einen dort laut, wo die Vorgaben des materiellen Rechts strukturelle Schwächen aufweisen, weil sie entweder vage und unbestimmt sind oder Letztentscheidungsbefugnisse einräumen, die den Kontrollzugriff der Gerichte beschränken (dazu 1.); zum anderen erklingt er dort, wo die materiell-rechtliche Ausgestaltung andernfalls bestehende Entscheidungszuständigkeiten bzw. -rechte einschränkt oder Rechtsschutzmöglichkeiten beschneidet, gelegentlich auch in Reaktion auf inhaltliche Schwächen des materiellen Rechts (dazu 2.).<sup>57</sup>

### *1. Strukturelle Schwächen des materiellen Rechts*

Blickt man auf die zuvor analysierten Referenzgebiete zurück, so nimmt die Idee prozeduraler Kompensation ihren Ausgang meist bei strukturellen Schwächen des materiellen Rechts, also solchen, die bei allen Normen auftreten können – unabhängig davon, welchen Inhalt das einer Norm formulierte Gebot, Verbot oder die mit ihr ausgesprochene Erlaubnis haben. Ausgeglichen werde, so ist in diesen Fällen immer wieder zu lesen, die Vagheit und Weite, die Unbestimmtheit und Offenheit, die reduzierte Regelungsdichte, geringe materiell-rechtliche Maßstäblichkeit, die definitorische Unschärfe und zurückgenommene Direktionskraft der inhaltlichen Entscheidungsdirektiven, die das Recht bereitstellt, sowie die eingeschränkte Dichte der diesbezüglichen gerichtlichen Kontrolle.<sup>58</sup> Dass diese Begriffe auf durchaus unterschiedliche Konstellationen Bezug nehmen, ist bei näherer Betrachtung kaum zu übersehen. So erweist sich das Recht immer dann als unbestimmt, wenn eine Norm auf eine Rechtsfrage keine einzig richtige Antwort gibt.<sup>59</sup> Wird die Offenheit des Rechts moniert, so bringt das eben dies auf metaphorische Weise zum Ausdruck. Die Unbestimmtheit kann dabei auf die sprachliche Unklarheit der verwendeten Begriffe zu-

<sup>55</sup> Zusammenfassend oben § 3 VI 2.

<sup>56</sup> Auch dazu oben § 3 VI 2.

<sup>57</sup> Dass die Schwächen, die das materielle Recht in den jeweiligen Konstellationen kennzeichnen, teils struktureller, teils inhaltlicher Natur sind, hat sich bereits oben gezeigt, siehe § 3 VI 2.

<sup>58</sup> Siehe hierzu bereits die einleitende Charakterisierung in § 1 II sowie § 3 II.

<sup>59</sup> T. Endicott, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), S. 667 (669); B. Leiter, *Legal Theory* 1 (1995), S. 481 (481 f.).

rückgehen, sie muss es aber nicht.<sup>60</sup> Gespiegelt an dogmatischen Kategorien begegnet die Unbestimmtheit des Rechts denn auch nicht nur in Form unbestimmter Rechtsbegriffe, sondern auch in Gestalt von Ermessensregelungen und Finalprogrammen. Während für erstere die sprachliche Unbestimmtheit konstitutiv ist, kann die normative Uneindeutigkeit von Ermessensermächtigungen gerade auch daher rühren, dass sie – möglicherweise in sprachlich völlig zweifelsfreier Formulierung – unterschiedliche Entscheidungsoptionen zur Verfügung stellen,<sup>61</sup> dabei allerdings nicht abschließend festlegen, wie die Wahl zwischen diesen im konkreten Fall auszufallen hat.<sup>62</sup> Und auch Finalprogramme erweisen sich selbst im Falle größter sprachlicher Präzision als ambivalent, weil sie lediglich über das Ziel, nicht aber über die zu dessen Erreichung einzusetzenden Mittel Auskunft geben.<sup>63</sup> Auf dogmatischer Ebene bildet sich auf diese Weise ab, dass die Unbestimmtheit des Rechts einen Oberbegriff für verschiedene Unterfälle darstellt, deren Gemeinsamkeit darin besteht, dass die rechtlichen Vorgaben keine eindeutigen Entscheidungsdirektiven enthalten.<sup>64</sup>

Die daneben ebenfalls häufig erwähnte Vagheit des Rechts bildet einen dieser Unterfälle.<sup>65</sup> Sie kennzeichnet Situationen, in denen die Uneindeutigkeit einer Rechtsnorm entweder dadurch entsteht, dass sie Sachverhalte, die mehr oder weniger verwirklicht sein können, mit klassifikatorischen Begriffen zu erfassen versucht. Weil die bivalente Logik klassifikatorischer Begriffe die graduellen Abstufungen des durch sie beschriebenen Tatbestands nicht abbildet, entsteht in Grenzbereichen Unklarheit über die Anwendbarkeit des entsprechenden Begriffs.<sup>66</sup> Als vage ist eine Rechtsnorm daneben aber auch dann zu bezeichnen,

<sup>60</sup> *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 92 ff.; *ders.*, 2. Aufl. 1960, S. 348 f.; vgl. aus stärker philosophischer Perspektive ferner *J. Waldron*, California Law Review 82 (1994), S. 509 (512).

<sup>61</sup> Vgl. für eine entsprechende Ermessensdefinition etwa *M.-E. Geis*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 40 VwVfG Rn. 18 (Stand: 3. Erg.-Lfg. August 2022): „gesetzlich eingeräumte Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren Rechtsfolgen“ sowie (ablehnend) *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 71: „Alternativenwahl auf der Rechtsfolgenseite“; tendenziell kritisch dazu *K.-U. Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 114 VwGO Rn. 15 (Stand: 36. Erg.-Lfg. Februar 2019).

<sup>62</sup> Zur Unbestimmtheit von Ermessensregelungen *A. v. Mutius*, JURA 1987, S. 92 (97 f.).

<sup>63</sup> Vgl. *J. Dreier*, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 48 sowie zur Offenheit der Mittelwahl auch *K. Lange*, VerwArch 82 (1991), S. 1 (2 f., 8).

<sup>64</sup> Siehe zu diesem Wesenszug erneut *T. Endicott*, Oxford Journal of Legal Studies 16 (1996), S. 667 (669); *B. Leiter*, Legal Theory 1 (1995), S. 481 (481 f.).

<sup>65</sup> *J. Waldron*, California Law Review 82 (1994), S. 509 (512). Daneben wird meist die Mehrdeutigkeit genannt, die sich dadurch kennzeichnet, dass ein Begriff sich nach unterschiedlichen semantischen Regeln verwenden lässt, weil er mehrere – allerdings klar abgrenzbare – Bedeutungen besitzt, siehe neben *J. Waldron*, California Law Review 82 (1994), S. 509 (512, 515 f.) etwa auch *T. Endicott*, Legal Theory 3 (1997), S. 37 (38 mit Fn. 3) und *T. Chionos*, Zur Übertragung innerstaatlicher Begriffe und Rechtsgrundsätze in das Völkerrecht, 2020, S. 95 mit Beispielen.

<sup>66</sup> *D. Gruschke*, in: Bäcker/Ziemann (Hrsg.), Junge Rechtsphilosophie, 2012, S. 55 (63 ff.)

wenn sie Begriffe verwendet, für deren Erfüllung sich zwar Kriterien angeben lassen, für die ihrerseits aber Ungewissheit darüber besteht, welche dieser Kriterien notwendig oder hinreichend sind, um den jeweiligen Begriff tatsächlich als erfüllt anzusehen.<sup>67</sup> Dass die bekannte Vorschrift, nach der „Fahrzeuge“ im Park verboten sind,<sup>68</sup> im Unklaren lässt, ob auch dem Bobbycar die Einfahrt verwehrt bleibt, liegt so etwa daran, dass sich darüber streiten lässt, welche Merkmale für das Fahrzeug-Sein konstitutiv sind. Das Gemeinsame beider Vagheits-Fallgruppen bildet dabei die Tatsache, dass sie Grenzfälle zulassen, also Fälle, die weder eindeutig erfasst noch eindeutig nicht erfasst sind.<sup>69</sup> Wenn mitunter von der definitorischen Unschärfe rechtlicher Vorgaben gesprochen wird, dürfte genau das gemeint sein. Ihr dogmatisches Pendant bildet allein der unbestimmte Rechtsbegriff.<sup>70</sup>

Demgegenüber hängt die zuweilen bemängelte Weite rechtlicher Normvorgaben gerade nicht damit zusammen, dass sich die semantischen Grenzen eines Begriffs nicht klar benennen lassen, sondern damit, wie groß die Zahl der Anwendungsfälle ist, die eine Norm erfasst.<sup>71</sup> Weil Weite folglich nur Normen charakterisiert, bei denen Klarheit darüber herrscht, welche Fälle sie erfassen,

---

spricht insofern von „graduelle[r] Vagheit“ (ebd., S. 64); *J. Waldron*, *California Law Review* 82 (1994), S. 509 (516 f.); vgl. ausführlich auch *C. Kennedy*, in: *Maienborn/von Heusinger/Portner* (Hrsg.), *Semantics*, Vol. I, 2011, S. 507 (509 f., 520) sowie anhand eines Beispiels *T. Endicott*, *Legal Theory* 3 (1997), S. 37 (38 f.). Prominent geworden ist in diesem Zusammenhang die vor allem mit dem Namen *H. L. A. Harts* verbundene Unterscheidung von Begriffskern und Begriffshof, siehe dazu *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, S. 123: „duality of a core of certainty and penumbra of doubt“; bereits zuvor findet sich diese Unterscheidung bei *P. Heck*, *AcP* 112 (1914), S. 1 (173) sowie im Anschluss an diesen bei *D. Jesch*, *AöR* 82 (N.F. 43) (1957), S. 163 (171 ff.).

<sup>67</sup> *D. Gruschke*, in: *Bäcker/Ziemann* (Hrsg.), *Junge Rechtsphilosophie*, 2012, S. 55 (63 f.) spricht von „kombinatorischer Vagheit“ (ebd., S. 63).

<sup>68</sup> Beispiel nach *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, S. 128.

<sup>69</sup> *D. Gruschke*, in: *Bäcker/Ziemann* (Hrsg.), *Junge Rechtsphilosophie*, 2012, S. 55 (59 f.); *Kennedy*, in: *Maienborn/von Heusinger/Portner* (Hrsg.), *Semantics*, Vol. I, 2011, S. 507 (520); *A. Stark*, *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*, 2020, S. 238; *R. Sorensen*, *Vagueness*, in: *Zalta* (Hrsg.), *Stanford Encyclopedy of Philosophy*, Stand: April 2018: „Vagueness is standardly defined as the possession of borderline cases“.

<sup>70</sup> Die Definition, die *H.-J. Koch*, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, 1979, S. 33 ff.; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, S. 186 (201 ff.) für unbestimmte Rechtsbegriffe entwickelt hat – das Bestehen von positiven, negativen und neutralen Kandidaten, also von Sachverhalten, die den Rechtsbegriffen eindeutig zugeordnet werden können, ihnen eindeutig nicht unterfallen und solchen, bei denen die Zuordnung unklar ist – entspricht denn auch der in Sprachwissenschaft und -philosophie verbreiteten Definition vager Prädikate; in der Sache bereits ebenso *W. Jellinek*, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, S. 37 f.; *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 242 sprechen in Bezug auf unbestimmte Rechtsbegriffe von „gesteigerte[r] Vagheit“.

<sup>71</sup> *J. Waldron*, *California Law Review* 82 (1994), S. 509 (522); vgl. auch *A. Stark*, *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*, 2020, S. 239, der dies unter dem Stichwort „Generalität“ behandelt.

überzeugt es auch nicht, anzunehmen, Vagheit schlage in Weite um, wenn die Grenzen eines unbestimmten Rechtsbegriffs derart diffus sind, dass kaum ein Sachverhalt sicher vom Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen werden kann. Und auch sonst gehen Vagheit und Weite nicht miteinander einher. So ließe sich etwa eine Norm, die Behörden die Befugnis einräumte, jederzeit alle denkbaren Maßnahmen zu ergreifen, zwar ohne Zweifel als weit, aber angesichts der Eindeutigkeit, mit der sie über die Rechtmäßigkeit eventueller Maßnahmen befindet, weder als vage noch als unbestimmt beschreiben. Sieht man in dieser Weite ein Defizit, so handelt es sich bei Lichte besehen eher um ein inhaltliches als um ein strukturelles.

Quer zu all dem liegt schließlich die Sorge über die zuweilen zurückgenommene Dichte der gerichtlichen Kontrolle und die sich daraus ergebenden Spielräume für Behörden und Gesetzgebungsorgane im Verhältnis zur Judikative. Zwar trifft zu, dass sich die Frage nach Konkretisierungsprärogativen und Entscheidungsspielräumen nur dort stellt, wo die entsprechenden rechtlichen Bestimmungen den Inhalt der Entscheidung nicht eindeutig festlegen. Ebenso leicht zu erkennen ist jedoch, dass Entscheidungsspielräume von Behörden oder Gesetzgebungsorganen ihren Ursprung nicht immer in der normativen Unbestimmtheit der materiell-rechtlichen Vorgaben finden, sondern zuweilen auch auf Ungewissheiten im Tatsächlichen zurückgehen. Das zeigt sich vor allem im Zusammenhang mit behördlichen oder legislativen Prognoseentscheidungen.<sup>72</sup> Und auch umgekehrt stellt die normative Unbestimmtheit keine hinreichende Bedingung behördlicher oder legislativer Letztentscheidungsbefugnisse dar. Denn ob Verwaltung, Gesetzgebung oder Justiz dazu berufen sind, unbestimmte Vorgaben des materiellen Gesetzes- oder Verfassungsrechts letztverbindlich zu konkretisieren, ist eine Kompetenzfrage,<sup>73</sup> die auch für hochgradig unbestimmte Normen unterschiedliche Antworten zulässt.<sup>74</sup> In der verwaltungsrechtlichen Dogmatik begegnen derartige Entscheidungsfreiräume in der

---

<sup>72</sup> Zuzugeben ist indes, dass im Falle von Prognosen auch das materielle Recht mit Formulierungen wie „wenn zu erwarten ist“ oder ähnlichem eine Unbestimmtheit enthält, die werterfüllung bedarf. Insofern spielt auch bei Prognoseentscheidungen Tatsächliches und Normatives zusammen.

<sup>73</sup> So die herrschende normative Ermächtigungslehre, dazu etwa *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 34, 37 f., 39; *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (410); *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 69 ff., insbes. 72; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 IV Rn. 186 ff. (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020); deutlich auch *M. Wendel*, Verwaltungsermessens als Mehrebenenproblem, 2019, S. 27 f., 29 ff. sowie für Beurteilungsermächtigungen *J. H. Klement*, Verantwortung, 2006, S. 284.

<sup>74</sup> Besonders deutlich *F. Ossenbübl*, DVBl. 1974, S. 309 (311), nach dem der „Grad der Unbestimmtheit eines Begriffs [...] völlig belanglos“ ist; vgl. allgemein auch *dens.*, in: Götz/Klein/Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 9 (14); siehe auch *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (537), nach dem „die Unbestimmtheit allein noch keinen Beurteilungsspielraum eröffnet“; ebenso *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 29.

klassischen Trias von allgemeinem Verwaltungsermessen, Planungsermessen und Beurteilungsspielraum, und auch die zuletzt entwickelte Kategorie des Regulierungsermessens gehört hierher.<sup>75</sup> Im Hinblick auf die Spielräume der Gesetzgebungsorgane hat sich eine vergleichbar klare Typologie bislang zwar nicht entwickelt.<sup>76</sup> Doch spiegelt die Unterscheidung zwischen Gestaltungs- und Einschätzungsspielräumen wider, dass Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle auch hier nicht nur im Bereich des Rechtlichen wurzeln, sondern auch auf Ungewissheiten auf Tatsachen- und Wertungsebene zurückgehen können.<sup>77</sup> Während der Begriff der Handlungs- oder Gestaltungsspielräume die rechtlichen Freiräume bezeichnet, die der Gesetzgeber bei der inhaltlichen Gestaltung der Gesetze deshalb genießt, weil die Verfassung ihn insoweit nicht determiniert,<sup>78</sup> nimmt die Rede vom Einschätzungsspielraum diejenigen Spielräume in Bezug, die dem Gesetzgeber bei der – auch wertenden – „Einschätzung der tatsächlichen Ausgangslage und der zukünftigen Auswirkungen seiner Gesetze“ zukommt.<sup>79</sup>

Rekapituliert man im Lichte dieser Differenzierungen, in welchen Fällen der Ruf nach kompensatorischen Verfahrenspflichten laut wird, so reduziert sich der Kreis der vermeintlich auszugleichenden strukturellen Schwächen des materiellen Rechts auf gerade einmal zwei: erstens seine Unbestimmtheit und zweitens die mit administrativen bzw. legislativen Letztentscheidungsbefugnissen einhergehenden Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte. Denn wo

<sup>75</sup> Überblickartig etwa *J. Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 21 ff.; *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (405 ff.); vgl. auch *T. Elsner*, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, 2011, S. 49 ff.

<sup>76</sup> Auch terminologisch ist die Rechtsprechung des BVerfG uneinheitlich. Während sie anfangs in offenkundiger Anlehnung an den verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch vom „Gesetzgebungsermessen“ gesprochen hat (BVerfGE 7, 377 [404]), ist in jüngerer Zeit stattdessen die Rede vom „Einschätzungs- und Prognosespielraum“ (BVerfGE 126, 112 [114]), vom „Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum“ (BVerfGE 150, 1 [89]), von einer „Einschätzungsprärogative“ (BVerfGE 102, 197 [218]) oder von einem „Beurteilungs- und Prognosespielraum“ (BVerfGE 115, 276 [309]); ausführlich und kritisch zu dieser Uneinheitlichkeit *M. Möller*, Spielräume, Prärogativen und Kontrolldichte in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, 2022, S. 86 ff., 109 f.

<sup>77</sup> Entsprechende Unterscheidung etwa bei *J. Bethge*, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 181 ff., 183 ff.; *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 134, 527; *M. Möller*, Spielräume, Prärogativen und Kontrolldichte in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, 2022, S. 81 f. und öfter; in diese Richtung auch *G. Britz*, JURA 2015, S. 319 (320 f.); eingehend zur Kontrolle des BVerfG bei gesetzgeberischen Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen *F. Ossenbühl*, in: Festgabe 25 Jahre BVerfG, Bd. I, 1976, S. 458 (466 ff. und 496 ff., insbes. 504 ff.).

<sup>78</sup> *J. Bethge*, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 183 f.; *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 248.

<sup>79</sup> *J. Bethge*, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 182; in der Sache ebenso *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 133, der allerdings zusätzlich zwischen Einschätzungsspielraum und Einschätzungsprärogative differenziert; *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 248; *M. Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 114 ff.

die Vagheit des materiellen Rechts auszugleichen versucht wird, lässt sich dies als Unterfall der Unbestimmtheit erfassen. Und wo die Weite des materiellen Rechts moniert wird, steht im Lichte der gerade skizzierten Definitionen bei genauer Betrachtung die Unbestimmtheit des materiellen Rechts im Fokus. Nicht die mit Gewissheit festgestellte Weite bestimmter Normen gibt hier zum Ausgleich Anlass, sondern die Unsicherheit über die exakten Bedeutungsgrenzen der in ihnen verwendeten Rechtsbegriffe. Vor diesem Hintergrund tritt schließlich auch klarer hervor, auf welche vermeintlichen Ausgleichslagen die Idee prozeduraler Kompensation aus juristischer Perspektive reagiert: Begegnet die Unbestimmtheit des materiellen Rechts in Form von unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensnormen und Finalprogrammen, so sind es eben diese Konstellationen, deren Ausgleichsbedürftigkeit über das Bestehen von Kompensationslagen entscheidet; und reduziert sich die Dichte des gerichtlichen Kontrollzugriffs überall dort, wo das Recht administrative Beurteilungs- und Ermessens- bzw. legislative Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume eröffnet, so bedarf es eines Ausgleichs nur dann, wenn eben diesen Spielräumen aus rechtlicher Perspektive ein Manko anhaftet.<sup>80</sup> Unter dem Gesichtspunkt struktureller Schwächen gilt es folglich genau diese Konstellationen in den Blick zu nehmen.

## 2. Inhaltliche Schwächen des materiellen Rechts

Dass die These, Verfahrensanforderungen seien erforderlich, um Schwächen des materiellen Rechts auszugleichen, zuweilen auch an vermeintliche inhaltliche Defizite anknüpft – also solche, die sich erst aus dem konkreten Normgehalt ergeben –, zeigt sich in verschiedenen Konstellationen, die ihre Gemeinsamkeiten erst auf den zweiten Blick zu erkennen geben. So soll im Polizei- und Sicherheitsrecht die Heimlichkeit der Eingriffsmaßnahmen prozedurale Ausgleichsmaßnahmen erfordern<sup>81</sup> und im Umweltverwaltungsrecht sollen die mit

<sup>80</sup> Doppelungen provoziert dieser Ansatz nur auf den ersten Blick. Denn wenngleich etwa Ermessensermächtigungen sowohl im Hinblick auf die mit ihnen einhergehende Unbestimmtheit als auch im Hinblick auf die mit ihnen verbundene Einschränkung gerichtlicher Kontrolle auf ihre Ausgleichsbedürftigkeit zu befragen sind, werden sie dabei jeweils nur unter einem dieser Gesichtspunkte behandelt. Der Ansatz hilft so dabei, die beiden Aspekte (Unbestimmtheit und Letzt Konkretisierungskompetenz) klar voneinander zu separieren und mögliche verfassungsrechtliche Schwierigkeiten präzise zu lokalisieren; nachdrücklich für eine solche Entkoppelung auch *T. Elsner*, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, 2011, S. 175 ff., insbes. 177 f.; klare Trennung auch bei *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 471 f., der klar und zutreffend herausstellt, dass Bestimmtheitsgrundsatz und Vorbehalt des Gesetzes lediglich die Unbestimmtheit der materiellen Gesetzesvorgaben begrenzen, aber keine Aussage über die Befugnis zur Letzt Konkretisierung offener Normen treffen.

<sup>81</sup> Vgl. etwa BVerfGE 120, 274 (332); 154, 152 (290); 155, 119 (229); siehe auch BVerfGE 133, 277 (357 f.); aus dem Schrifttum *M. Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 309; *T. E. Aschmann*, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, 1999, S. 136, 145, 155; *M. Bäcker*, Kri-

der Konzentrationswirkung verbundenen Kompetenzeinbußen die kompensatorische Einbindung der nachteilig betroffenen Behörden notwendig machen;<sup>82</sup> im Vergaberecht verlange die Unwiderruflichkeit eines einmal erteilten Zuschlags nach einer Abmilderung durch die Vorabinformation unterlegener Bieter<sup>83</sup> und dass Beamten kein Streikrecht zustehe und kommunale Neugliederungen gerichtlich kaum rückgängig zu machen seien, soll schließlich dadurch ausgeglichen werden müssen, dass die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften und die betroffenen Kommunen im Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden.<sup>84</sup> Ungeachtet der vordergründigen Disparität dieser Konstellationen lässt sich mit etwas Abstand unschwer erkennen, dass sich die Kompensationslagen, auf die sie antworten, durchaus ähneln. Die Heimlichkeit polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen und die Unwiderruflichkeit vergaberechtlicher Zuschlags- und kommunaler Neugliederungsentscheidungen werden deshalb als kompensationsbedürftig angesehen, weil sie die Möglichkeiten effektiven Rechtsschutzes beschränken;<sup>85</sup> den Ausschluss des Beamtenstreikrechts und die mit verwaltungsrechtlichen Konzentrationswirkungen einhergehenden Kompetenzverschiebungen eint, dass beide andernfalls bestehende (Mit-)Entscheidungsrechte bzw. -kompetenzen einschränken.<sup>86</sup> Die Frage, ob Verfahren wirklich etwas kompensieren muss, kann sich im Hinblick auf die vermeintlichen inhaltlichen Schwächen des materiellen Rechts demnach auf zwei Konstellationen konzentrieren: Beschränkungen der Möglichkeit, effektiven Rechtsschutz zu erlangen, und Limitierungen bestehender (Mit-)Entscheidungsbefugnisse. Verallgemeinerungsfähige Ergebnisse verspricht die Untersuchung indes nur im Hinblick auf die erste dieser beiden Konstellationen. Während sie mit der Fokussierung auf Rechtsschutzbeschränkungen zugleich auf einen fallübergreifenden Beurteilungsmaßstab – nämlich die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie – verweist, lässt sich die verfassungsrechtliche Ausgleichsbedürftigkeit

---

minalpräventionsrecht, 2015, S. 153; *K. F. Gärditz*, EuGRZ 2018, S. 6 (12); *S. Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007, S. 357; *S. Ottow*, Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht, 2014, S. 71 f.; *B. Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, 2013, S. 376; *S. Tanneberger*, Die Sicherheitsverfassung, 2014, S. 404 f.; *A. Voßkuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR V, 2013, § 131 Rn. 3; siehe ferner bereits oben, insbes. § 3 IV 2 c) cc), IV 4 a) aa), IV 4 a) bb), IV 4 a) dd).

<sup>82</sup> *T. Siegel*, Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange, 2001, S. 64, der insofern von einer „Kompensationsfunktion“ und einem „Ausgleich von Kompetenzverlust“ spricht; *H. D. Jarass*, Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen, 1984, S. 63; *V. Sonnenwald*, Die grenzüberschreitende Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung, 2005, S. 159, 162; ferner bereits oben § 3 IV 4 b) bb).

<sup>83</sup> So *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 255, *H. Kaelble*, Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, 2008, S. 173 sowie ebenfalls bereits oben § 3 IV 6 a).

<sup>84</sup> Zu diesen beiden Fällen oben § 3 V 3 d) aa), V 3 d) cc).

<sup>85</sup> Vgl. dazu die Nachweise soeben in Fn. 81, 83.

<sup>86</sup> Sie reißen sich daher ein in die Reihe der Fälle, die *E. Klein*, DVBl. 1981, S. 661 als „Kompetenz- und Rechtskompensation[en]“ bezeichnet.

von Beschränkungen bestehender (Mit-)Entscheidungsbefugnisse nur in Abhängigkeit von den je individuellen Entscheidungsbefugnissen bewerten. Der Ausschluss des Beamtenstreikrechts und die mit verwaltungsrechtlichen Konzentrationswirkungen einhergehenden Kompetenzverschiebungen folgen insofern völlig unterschiedlichen Maßstäben. Für die allgemeine Frage nach der Notwendigkeit eines Ausgleichs sind sie angesichts der daraus folgenden Maßstabspluralisierung wenig ergiebig. Die mit ihnen verbundene zweite Fallgruppe bleibt im Folgenden daher außer Betracht.

#### IV. Kompensationsbedürfnis: Erfordern die behaupteten Schwächen des materiellen Rechts einen Ausgleich?

Doch genug der Vorklärungen. Ausgehend von den skizzierten Maßstäben gilt es nun, die vermeintlichen Kompensationslagen auf ihre Ausgleichsbedürftigkeit zu überprüfen: Erfordern die behaupteten Schwächen des materiellen Rechts wirklich einen Ausgleich? Um hierauf eine Antwort zu entwickeln, nehmen die folgenden Überlegungen die skizzierten Schwächen und Konstellationen je für sich in den Blick. Sie evaluieren zunächst, ob und unter welchen Umständen sich die Unbestimmtheit des Rechts (dazu 1.), die Einräumung administrativer oder legislativer Letztentscheidungsbefugnisse (dazu 2.) und die Beschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten (dazu 3.) als Defizite darstellen, die auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nach einem Ausgleich verlangen. Dabei wird schnell deutlich werden, dass dies auf einer derart allgemeinen Ebene kaum mehr als die Identifikation relevanter Maßstäbe und Gesichtspunkte sowie vorsichtiger Tendenzaussagen erwarten lässt. Stellvertretend soll die Frage, ob die behaupteten Kompensationslagen einen Ausgleich erfordern, daher anschließend anhand ausgewählter Referenzbeispiele illustriert werden (dazu 4.). Dass die vermeintlichen Schwächen des materiellen Rechts keinesfalls in allen Fällen nach einem Ausgleich verlangen, in denen die Idee prozeduraler Kompensation stark gemacht wird, lässt sich auf diese Weise exemplarisch vorführen.

##### 1. Unbestimmtheit des Rechts

Die Unbestimmtheit des Rechts begegnet in unterschiedlichen dogmatischen Erscheinungsformen (dazu lit. a). In der Diskussion über prozedurale Kompensationen erscheinen sie deshalb als Mangelzustand, weil unbestimmte Normen keine eindeutigen Handlungs- und Entscheidungsanleitungen enthalten.<sup>87</sup> Verfassungsrechtlich mag die mit diesen Normstrukturen einhergehende Unein-

---

<sup>87</sup> Zur Definition von Unbestimmtheit als Uneindeutigkeit bereits oben § 5 III 1 sowie er-



deutigkeit vor allem im Hinblick auf das Gebot hinreichender Normbestimmtheit Fragen aufwerfen (dazu lit. b). Als *per se* ausgleichsbedürftiges Defizit stellt sie sich indessen weder im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes noch aus der Perspektive des Vorbehalts des Gesetzes bzw. der Verfassung dar (dazu lit. c). Und auch der Gewaltenteilungsgrundsatz schließt normative Uneindeutigkeiten nicht kategorisch aus (dazu lit. d). Die undifferenzierte These, das materielle Recht bedürfe stets eines (prozeduralen) Ausgleichs, wenn es nur unbestimmte Vorgaben enthalte, erweist sich angesichts dessen – so viel lässt sich bereits an dieser Stelle vorwegnehmen – als zu pauschal. Allenfalls im Einzelfall mag sie ihre Berechtigung haben. Die Funktion der folgenden Überlegungen besteht so auch darin, aufzuzeigen, von welchen Kriterien dies abhängt.

Allerdings beschränken sie sich auf die Frage, unter welchen Bedingungen gerade die Unbestimmtheit, die mit unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensnormen und Finalprogrammen einhergeht, einen ausgleichsbedürftigen Mangelzustand begründet. Dass die Ausfüllung der durch sie begründeten Spielräume zuweilen nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt, bleibt zunächst außer Betracht. Ob die damit verbundene Kompetenzfrage, wer zur letztverbindlichen Spielraumkonkretisierung berufen ist, ihrerseits die Annahme eines ausgleichsbedürftigen Defizits stützen kann, wird erst im Anschluss getrennt beleuchtet.<sup>88</sup>

#### a) Erscheinungsformen

Die Dogmatik bildet uneindeutige Normstrukturen vor allem in drei Kategorien ab: In unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensnormen und Finalprogrammen. Während die Uneindeutigkeit des Rechts im Fall unbestimmter Rechtsbegriffe auf die Mehrdeutigkeit oder Vagheit der in ihnen verwendeten sprachlichen Ausdrücke zurückgeht, beruht sie im Fall von Ermessensnormen darauf, dass diese auf Rechtsfolgenseite Auswahloptionen eröffnen, ohne notwendigerweise sprachliche Ambiguitäten aufzuweisen. Daneben treten drittens Finalprogramme, die lediglich verbindliche Handlungsziele vorzeichnen, aber im Hinblick auf die zu deren Erreichung einzusetzenden Mittel keine Vorgaben enthalten und deren Normprogramm insofern gewissermaßen unvollständig und daher ebenfalls unklar ist.<sup>89</sup> Obwohl diese Kategorien vor allem im Verwal-

neut *T. Endicott*, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), S. 667 (669); *B. Leiter*, *Legal Theory* 1 (1995), S. 481 (481 f.).

<sup>88</sup> Siehe unten § 5 IV 2. Diese getrennte Prüfung führt den Ansatz der normativen Ermächtigungslehre auf verfassungsrechtlicher Ebene konsequent weiter und entspricht der oben (siehe § 5 III 1) bereits beschriebenen Überzeugung, dass Unbestimmtheit und Kontrolldichte keinen notwendigen Zusammenhang aufweisen. Für eine entsprechende Trennung der Maßstäbe auch *T. Elsner*, *Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre*, 2011, S. 175 ff., insbes. 177 f.

<sup>89</sup> Vgl. *T. Würtenberger*, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, 1979, S. 46: „Die in Frage stehende Entscheidung wird durch das Finalprogramm nicht determiniert“. Ob Final-

tungsrecht beheimatet sind, sind die durch sie gekennzeichneten Phänomene auch im Verfassungsrecht bekannt. Für den unbestimmten Rechtsbegriff bedarf das kaum weiterer Begründung. Und auch Finalprogramme begegnen verfassungsrechtlich nicht nur in der bekannten Form von Staatszielbestimmungen,<sup>90</sup> sondern auch grundrechtliche Schutzpflichten und einige grundgesetzlich verankerte Leistungsrechte sind zielbezogen strukturiert.<sup>91</sup> Dass das Verfassungsrecht schließlich auch Ermessensnormen enthält, zeigt sich neben schon sprachlich klareren Beispielen – man denke etwa an Art. 37 Abs. 1 GG oder Art. 80 Abs. 1 GG – ganz allgemein dort, wo es Befugnisse verleiht, aber weder zu deren Gebrauch verpflichtet noch die Art und Weise ihres Einsatzes konkret bestimmt. Dass die Gestaltungsspielräume, die die Gesetzgebungsorgane genießen, in der frühen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ausdrücklich als Gesetzgebungsermessen firmieren,<sup>92</sup> trägt insofern der Erkenntnis Rechnung, dass gerade das Gesetzgebungsrecht einen solchen Fall darstellt.

#### *b) Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen*

##### *aa) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit einfachgesetzlicher Normen*

Der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz ist Ausdruck des rechtsstaatlichen Bemühens um Rechtssicherheit.<sup>93</sup> Wenngleich die Bestimmtheit ge-

---

programme berechtigterweise als eigene normstrukturelle Kategorie gehandelt werden, wird in der verwaltungsrechtlichen Literatur schon seit langem kontrovers diskutiert. Die Einwände hiergegen sind ebenso bekannt wie richtig: Da auch finale Normen einen Tatbestand voraussetzen, lassen auch sie sich als Konditionalprogramme umformulieren. Bei Konditional- und Finalprogrammen handelt es sich daher nicht um zwei normstrukturell streng voneinander zu unterscheidende Normkategorien (*M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 18; *K. F. Gärditz*, Europäisches Planungsrecht, 2009, S. 11; *R. Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 60 ff.; siehe auch *J. H. Klement*, Verantwortung, 2006, S. 276). Als heuristische Kategorie hat die Rede von Finalprogrammen aber im hier interessierenden Kontext dennoch ihre Berechtigung, weil sie – wie im Text deutlich wird – auf eine besondere Form rechtlicher Unbestimmtheit aufmerksam zu machen vermag.

<sup>90</sup> *K.-P. Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 382: „Finalprogramm als Kern der Zielbestimmung“; der Sache nach ebenso *T. Würtenberger*, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 112; knapp auch *W. Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung, 2018, S. 47; im Hinblick auf Art. 20a GG auch *T.-J. Tsai*, Die verfassungsrechtliche Umweltschutzpflicht des Staates, 1996, S. 115.

<sup>91</sup> Allgemein in diesem Sinne etwa *M. Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 78; *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 112; vgl. auch *C. Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 153; kritisch zum Versuch, grundrechtliche Leistungs- und Abwehrrechte allgemein entlang der Unterscheidung von Konditional- und Finalprogramm voneinander abzugrenzen *M. Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 581 ff.

<sup>92</sup> So etwa in BVerfGE 7, 377 (404); umfassend dazu *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000; siehe zur terminologischen Entwicklung ferner *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 128 ff.

<sup>93</sup> So etwa *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbe-

setzlicher Normen zugleich eine demokratische Dimension besitzt, weil sie beeinflusst, mit welcher Gewissheit und Präzision sich ein konkretes Verwaltungshandeln auf den zugrundeliegenden parlamentarischen Gesetzesbeschluss zurückführen lässt,<sup>94</sup> bildet der im allgemeinen Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Gedanke der Rechtssicherheit sein stärkeres und allgemein anerkanntes Standbein.<sup>95</sup> Den rechtsunterworfenen Bürgerinnen und Bürgern soll die Bestimmtheit der Gesetze es ermöglichen, die Rechtslage so konkret zu erkennen, dass sie ihr Verhalten darauf einstellen können,<sup>96</sup> und der gesetzesausführenden Verwaltung soll sie über steuernde und limitierende Handlungsmaßstäbe Orientierung bieten und Grenzen setzen, ohne die schließlich auch die Gerichte ihrer Aufgabe einer effektiven Rechtskontrolle nicht gerecht zu werden vermögen.<sup>97</sup>

Die Anforderungen, die der Bestimmtheitsgrundsatz im Einzelnen formuliert, schließen an diese Erwartungen an: Von gesetzlichen Normen verlangt er ein Maß an Klarheit und Verständlichkeit, das den beschriebenen *teloi* hinrei-

---

fugnisse, 2018, S. 192; *W. Heun*, Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 2012, S. 49; *H.-D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 82; *A. Katz/G. Sander*, Staatsrecht, 19. Aufl. 2019, S. 129; *H.-J. Papier/J. Möller*, AöR 122 (1997), S. 177 (179); vgl. auch *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 50 ff., 58 ff. (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 133.

<sup>94</sup> Zu dieser demokratischen Dimension *U. M. Gassner*, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1994, S. 99 ff.; *ders.*, ZG 11 (1996), S. 37 (47 ff.); *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 28; zum Zusammenhang von Legitimationsfunktion des Gesetzes und gesetzlicher Bestimmtheit auch bereits oben § 3 III 1 b).

<sup>95</sup> Zur rechtsstaatlichen Verankerung *J. Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 150; *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 193; *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 58 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *H.-D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 82; *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 62; *T. Saensawatt*, Die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des Grundgesetzes, 2022, S. 131 auch das BVerfG spricht etwa in BVerfGE 110, 33 (53) vom „rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit“; siehe zu den unterschiedlichen Begründungen auch *U. M. Gassner*, ZG 11 (1996), S. 37 (40 ff.); *S. Müller-Franken*, Maßvolles Verwalten, 2004, S. 248; *H.-J. Papier/J. Möller*, AöR 122 (1997), S. 177 (181 ff.); *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 26 ff.; für eine allein grundrechtliche Fundierung *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 397 ff.

<sup>96</sup> *J. Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 150; *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 58 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *P. Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 128; *H.-J. Papier/J. Möller*, AöR 122 (1997), S. 177 (181).

<sup>97</sup> BVerfGE 110, 33 (53); 113, 348 (375); *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 194; *W. Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (38); *O. Lepsius*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 12 Rn. 70; *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 63.

chend Rechnung trägt.<sup>98</sup> Keinesfalls hängt er damit dem – ohnehin unerreichbaren – Ideal restloser Eindeutigkeit an,<sup>99</sup> doch dürfen „verbleibende Ungewissheiten nicht so weit gehen, dass die Vorhersehbarkeit und Justiziabilität des Handelns der durch die Normen ermächtigten staatlichen Stellen gefährdet sind“.<sup>100</sup> Für das gesetzgeberische Anliegen, eine Vielzahl unterschiedlicher Sachverhalte zu erfassen, ohne die Berücksichtigung der jeweiligen Einzelfallumstände dabei durch zu detaillierte – und folglich starre – Gesetzesvorgaben übermäßig zu beschränken, zeigt der Bestimmtheitsgrundsatz damit durchaus Verständnis. Mehr als ein Mindestmaß gesetzlicher Klarheit und Verständlichkeit verlangt er nicht.<sup>101</sup> Und auch eine fallübergreifend feststehende Grenze zwischen erlaubter Interpretationsoffenheit und verbotener Unbestimmtheit lässt sich dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht entnehmen.<sup>102</sup> Vielmehr ist deren Verlauf anhand einer im jeweiligen Einzelfall abwägenden Saldierung unterschiedlicher Faktoren zu bestimmen. Welches Maß an Bestimmtheit die Verfassung in einem konkreten Fall gebiete, sei, so lautet eine in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung insofern häufig zitierte Formel, „nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck“ zu entscheiden.<sup>103</sup> Während die Regelung grundrechtssensitiver Bereiche, intensiv freiheitsbeschränkende Gesetzesnormen und Bestimmungen mit sonstigen schwerwiegenden Auswirkungen demnach erhöhten Bestimmtheitsanforderungen unterliegen,<sup>104</sup> ist das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Be-

---

<sup>98</sup> Ähnlich, aber als Optimierungsgebot verstanden bei *U. M. Gassner*, ZG 11 (1996), S. 37 (56).

<sup>99</sup> Siehe etwa BVerfGE 83, 130 (145) sowie BayVerfGH, Entsch. v. 22.11.1996, Vf. 9-VII-93 – juris, Rn. 39: „Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, jeden Tatbestand mit exakt erfassbaren Merkmalen bis ins letzte zu umschreiben.“; vgl. auch BVerfGE 31, 255 (264): „Die Auslegungsbedürftigkeit nimmt einer Vorschrift noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit“; ebenso BVerfGE 93, 213 (238); 110, 33 (56 f.); ferner *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 401 f.

<sup>100</sup> BVerfGE 133, 277 (356); siehe auch BVerfGE 21, 73 (79 f.); 118, 168 (188); 120, 274 (316); siehe auch *J. Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 150 f.

<sup>101</sup> *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 61 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *G. Frankenberg*, in: Denninger/Hofmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 20 Abs. 1–3 Abschn. IV Rn. 36 (Stand: 2001).

<sup>102</sup> BVerfGE 41, 314 (320); 49, 168 (181); BVerfGE 41, 314 *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 59 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022).

<sup>103</sup> Siehe etwa BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 78, 205 (212); 102, 254 (337); 103, 332 (384); 128, 282 (317).

<sup>104</sup> Zur Grundrechtsintensität als Kriterium *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 194 f.; *G. Lübke-Wolff*, ZG 6 (1991), S. 219 (241); *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 64; aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 58, 257 (278); zur Relevanz schwerwiegender Auswirkungen BVerfGE 109, 133 (188); *R. Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 147 f.

stimmtheit in all den Regelungsbereichen zurückgenommen, die raschem Wandel unterliegen oder deren Vielgestaltigkeit die einzelfallbezogene Berücksichtigung einer unabsehbaren (und daher im Vorfeld nicht normierbaren) Vielzahl unterschiedlicher Gesichtspunkte erforderlich macht.<sup>105</sup> Die Eigenart der zu regelnden Lebenssachverhalte lasse, so die zugrundeliegende Annahme, in den zuletzt genannten Fällen eben nur ein eingeschränktes Maß an Bestimmtheit zu. Sofern die Verfassungsdogmatik dem mit einer Rücknahme der verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserwartungen Rechnung trägt, stellt sie den Bestimmtheitsgrundsatz folglich unter einem „Vorbehalt des Möglichen“.<sup>106</sup>

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass die normative Unbestimmtheit von unbestimmten Gesetzesbegriffen, Ermessensnormen und Finalprogrammen keinesfalls *per se* hinter der rechtsstaatlichen Forderung nach hinreichender Bestimmtheit zurückbleibt. Im Gegenteil: Rechtsprechung und Schrifttum sind sich weitgehend einig, dass der Bestimmtheitsgrundsatz diesen Formen uneindeutiger Normierung nicht grundsätzlich entgegensteht.<sup>107</sup> Erforderlich – aber auch ausreichend – ist insofern einzig, dass die durch unbestimmte Rechtsbegriffe provozierten Auslegungsprobleme „mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können“<sup>108</sup> bzw. dass die Maßstäbe für die Ausfüllung von Ermessensnormen klar erkennbar und hinreichend deutlich eingegrenzt sind.<sup>109</sup> Solange es den Rechtsanwendungsorganen möglich bleibt,

<sup>105</sup> BVerfGE 49, 168 (181); *R. Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 136 ff.; *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 60 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *C. Jebke*, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, 2005, S. 148 ff.; vgl. auch *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 64.

<sup>106</sup> So treffend *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 44.

<sup>107</sup> Siehe für unbestimmte Rechtsbegriffe: BVerfGE 49, 168 (181): „Generalklauseln und unbestimmte, der Ausfüllung bedürftige Begriffe sind [...] grundsätzlich zulässig“; deutlich auch BVerfGE 86, 288 (311), wonach selbst im Strafrecht „Generalklauseln oder unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe [...] nicht von vornherein verfassungsrechtlich zu beanstanden“ sind; ebenso BVerfGE 110, 33 (56); BVerfGE 90, 1 (16) für Generalklauseln; siehe auch BVerfGE 93, 213 (238) für eine „generalklauselartig[e] Tatbestandsumschreibung] durch wertungsabhängige Begriffe“; für Ermessensermächtigungen: BVerfGE 8, 274 (326). Aus dem Schrifttum etwa *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 50 f.; *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 195; *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 62 f. (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022) m. Nachw.; *H.-D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 83; *H.-J. Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 72; *ders./J. Möller*, AöR 122 (1997), S. 177 (184) bezeichnen dies als „gesicherte Erkenntnis“.

<sup>108</sup> BVerfGE 17, 67 (82); 83, 130 (145); 90, 1 (17); ebenso BayVerfGH *Entsch. v. 22.11.1996, Vf. 9-VII-93 – juris*, Rn. 39.

<sup>109</sup> *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 63 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *H.-J. Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 72.

die uneindeutigen gesetzlichen Direktiven zu konkretisieren, geraten demnach auch Unbestimmtheiten im einfachen Gesetz nicht grundsätzlich mit den rechtsstaatlichen Bestimmtheitserwartungen in Konflikt.<sup>110</sup> Allenfalls im Einzelfall mögen sie daher das Bedürfnis nach einem prozeduralen Ausgleich begründen.

*bb) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit verfassungsrechtlicher Normen*

Während die Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes für einfach-gesetzliche Normen unbestritten ist, betritt die Kompensationsthese im Hinblick auf die Unbestimmtheit verfassungsrechtlicher Vorgaben bereits insofern ungesichertes Terrain. Denn kennt die Verfassung überhaupt ein Gebot, das Verfassungsnormen selbst auf einen Mindeststandard inhaltlicher Bestimmtheit verpflichtet? Und steht dieses unbestimmten Verfassungsbegriffen, verfassungsrechtlichen Ermessensnormen und grundgesetzlichen Finalprogrammen generell entgegen?

*(1) Bestimmtheitsanforderungen aus dem Grundsatz der Verfassungsklarheit*

Einen ersten möglichen Ansatzpunkt findet die Forderung nach einer hinreichenden Bestimmtheit verfassungsrechtlicher Normen im Grundsatz der Verfassungsklarheit, den Teile des Schrifttums im Anschluss an Überlegungen *Horst Ehmkes*<sup>111</sup> in Art. 79 Abs. 1 GG angelegt sehen.<sup>112</sup> „Der Staatsbürger“, so resümiert *Ehmke* dessen Inhalt, „soll aus der [Verfassungs-]Urkunde ersehen können, was nach der Verfassung rechtens ist“.<sup>113</sup> Nimmt man das ernst, so bildet die Vorhersehbarkeit des verfassungsrechtlich angeleiteten Staatshandelns die für den Grundsatz der Verfassungsklarheit prägende Leitidee. Da sich diese ohne ein Mindestmaß rechtlicher Bestimmtheit nicht verwirklichen lässt, mag der Schluss naheliegen, dem Gebot der Verfassungsklarheit auch Anforderungen an die Normbestimmtheit zu entnehmen. *Ehmke* selbst deutet das zumindest an, wenn er die inhaltliche Mehrdeutigkeit und mangelnde terminologische

<sup>110</sup> BVerfGE 31, 255 (264); siehe auch *H.-J. Papier/J. Möller*, AöR 122 (1997), S. 177 (189 ff.).

<sup>111</sup> *H. Ehmke*, DÖV 1956, S. 449 (452).

<sup>112</sup> *B.-O. Bryde*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 20f.; im Grundsatz auch *B. Schöbener*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 (Stand: 45. Erg.-Lfg. Mai 2015) Rn. 59, der dessen genaue Anforderungen aber als „nebulös“ bezeichnet. In diese Richtung wohl auch das Sondervotum von *R. Jaeger* und *C. Hohmann-Dennhardt* zu BVerfGE 109, 279 (382 ff., insbes. 389), die monieren, der streitgegenständlichen Verfassungsänderung fehle es „an einer hinreichenden Bestimmtheit“, und gegen den Versuch, dieses Defizit im Wege einer grundsatzkonformen Auslegung im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG zu beheben, den „rechtsstaatliche[n] Grundsatz der Normenklarheit“ in Stellung bringen.

<sup>113</sup> *H. Ehmke*, DÖV 1956, S. 449 (452).

Präzision verfassungsändernder Vorschriften gerade unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsklarheit als problematisch einstuft.<sup>114</sup>

Doch einer genaueren Analyse hält all dies nicht Stand.<sup>115</sup> So krankt die These, Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG enthalte einen allgemeinen Grundsatz der Verfassungsklarheit, schon daran, dass ein solcher Grundsatz dort – anders als *Ehmke* behauptet<sup>116</sup> – gerade nicht „ausdrücklich niedergelegt“ ist. Vielmehr beschränkt sich der Wortlaut der Vorschrift insofern auf das Gebot, Verfassungsänderungen nur durch ausdrückliche Textänderungen des Grundgesetzes zu bewirken. Nun mag es methodisch nicht ausgeschlossen sein, aus konkret normierten Einzelausprägungen eines allgemeineren Prinzips auf die normative Verbindlichkeit des zugrundeliegenden Grundsatzes selbst zu schließen, doch steht eine derartige Rechts- oder Gesamtanalogie<sup>117</sup> auf tönernen Füßen, wenn – wie im Fall des Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG – nur eine einzige Ausprägung des behaupteten Prinzips im geschriebenen Recht Ausdruck gefunden hat. Für eine inhaltserweiternde Verallgemeinerung spricht in diesen Fällen nichts. Angesichts der Tatsache, dass sowohl der Grundsatz der Normenklarheit als auch derjenige der Normbestimmtheit ihre Grundlage in Art. 20 GG finden, wäre es schließlich auch mit der Regelungssystematik des Art. 79 GG nicht zu vereinbaren, gerade Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG einen Grundsatz der Verfassungsklarheit zu entnehmen, der den verfassungsändernden Gesetzgeber an entsprechende Vorgaben bindet. Denn darüber, inwiefern die Vorgaben von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber verbindlich sind, entscheidet angesichts des klaren Verweises von Art. 79 Abs. 3 auf die Grundsätze des Art. 20 GG einzig Abs. 3, nicht aber Abs. 1 des Art. 79 GG. Nicht zufällig stellt die von Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG geforderte ausdrückliche Textänderung denn auch eine Konkretisierung dar, die sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Normenklarheit, zumal aus dessen „Grundsätzen“, nicht ohne weiteres ergibt und daher nicht schon aus Art. 79 Abs. 3 GG folgt.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> *H. Ehmke*, DÖV 1956, S. 449 (453).

<sup>115</sup> Gegen eine „Hypostasierung“ des dem Art. 79 Abs. 1 GG zugrundeliegenden Gedankens der Normenklarheit zum rechtsverbindlichen Verfassungsgrundsatz auch *K.-E. Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 8; *H. Ridder*, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 1989, Art. 79 Rn. 20.

<sup>116</sup> *H. Ehmke*, DÖV 1956, S. 449 (452).

<sup>117</sup> Vgl. zur Argumentationsfigur *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 383 f.; ferner etwa *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 179 sowie knapp *J. Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 645 f.

<sup>118</sup> Vgl. *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 I Rn. 27, 34; *F. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Abs. 1 und 2 Rn. 183 (Stand: 183. Aktualisierung März 2017); *B. Schöbener*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Rn. 60 (Stand: 45. Erg.-Lfg. Mai 2015).

## (2) Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 79 Abs. 3 GG

Der Befund, dass die Grundlage des tradierten Bestimmtheitsgrundsatzes für gewöhnlich in Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verortet wird, lässt es angesichts dieser Erwägungen daher naheliegender erscheinen, eine Antwort auf die Frage nach Bestimmtheitsanforderungen an Verfassungsnormen in Art. 79 Abs. 3 GG zu suchen. Schließlich nimmt dieser die Grundsätze des Art. 20 GG ja ausdrücklich in Bezug.<sup>119</sup> Üppige Funde verspricht indes auch das nicht. Vielmehr ist weitgehend unbestritten, dass der Bestimmtheitsgrundsatz jedenfalls in der Ausdifferenzierung, die er durch die richterrechtlich entwickelte Dogmatik erhalten hat, nicht zu den gem. Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlichen Grundsätzen des Art. 20 GG zählt.<sup>120</sup> In ihrer „Grundsatzbedeutung“ soll die Garantie der Rechtsbestimmtheit hingegen durchaus dem änderungsfesten Verfassungskern zugehören.<sup>121</sup> Und auch „eine Voraussehbarkeit und Meßbarkeit staatlichen Handelns“ sei als notwendiges Element der Gesetzesbindung von ihm erfasst.<sup>122</sup> Dahinter steht die im Kern zutreffende Erwägung, dass die Bindung ans Gesetz überall dort leerzulaufen droht, wo sich gesetzliche Vorgaben als derart unbestimmt erweisen, dass sich ihnen keine handlungsleitenden oder -begrenzenden Direktiven mehr entnehmen lassen. Für die in Art. 20 Abs. 3 GG ebenfalls niedergelegte Verfassungsbindung der Gesetzgebung gilt dies entsprechend. Dass der Bestimmtheitsgrundsatz demnach nur deshalb dem Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG unterfällt, weil ohne ihn auch die Grundsätze der Verfassungs- und Gesetzesbindung ihre Änderungsfestigkeit einbüßten, spricht indes dafür, den Umfang seines Schutzes auf das für diesen Zweck unabdingbare Maß zu begrenzen. Wo die Grenze verläuft, dürfte angesichts dessen nicht in erster Linie daran zu messen sein, ob das Recht das staatliche Handeln für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger vorhersehbar macht, sondern vielmehr daran, ob es der Rechtsprechung justiziable, d. h. vollziehbare Standards bereitstellt.<sup>123</sup> Schließlich droht ein Leerlauf der Verfassungs- und Gesetzesbindung

<sup>119</sup> Strittig ist insofern, ob der Verweis auf die Grundsätze des Art. 20 GG auch das dort nicht ausdrücklich genannte Rechtsstaatsprinzip erfasst, ablehnend insbes. *K.-E. Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 88 ff.

<sup>120</sup> *J. Dietlein*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, Art. 79 Rn. 48; *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III Rn. 53; *B. Schöbener*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Rn. 130 (Stand: 45. Erg.-Lfg. Mai 2015); *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 172f.; ebenso *B.-O. Bryde*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 55; vgl. auch *E. Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 90; weiter geht demgegenüber *K.-E. Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 75 ff., 88 ff., nach dem das Rechtsstaatsprinzip nicht zu den von Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Grundsätzen des Art. 20 GG zählt.

<sup>121</sup> *M. Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 78.

<sup>122</sup> *P. Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 86.

<sup>123</sup> Im Ergebnis ebenso für den Grundsatz der Normenklarheit *E. V. Towfigh*, Der Staat 48



erst dann, wenn sie sich auch im Streitfall nicht mehr aktualisieren lässt, weil es den die Rechtsanwendung kontrollierenden Gerichten nicht mehr gelingt, ihnen überhaupt handhabbare Kontrollmaßstäbe zu entnehmen. In diesen Fällen, aber auch nur in diesen, droht die Rechtsbindung leerzulaufen.

Der damit vom Grundsatz der Verfassungsbindung mitumfasste Gehalt des auf Verfassungsnormen bezogenen Bestimmtheitsgebots ist folglich zwar minimal. Doch lenkt man den Blick einmal auf die teils erhebliche Unbestimmtheit der Bestimmungen, die in der Ursprungsfassung des Grundgesetzes bereits enthalten waren, so gewinnt eben diese restriktive Lesart an Plausibilität. Schon Art. 1 Abs. 1 GG greift mit dem Begriff der Menschenwürde auf ein so schwer zu fassendes Konzept zurück, dass die Dogmatik sich weit überwiegend darauf zurückzieht, Verletzungssituationen zu identifizieren, statt sich auf einen positiven Begriffsinhalt festzulegen.<sup>124</sup> Und auch der normative Gehalt des Sozialstaatsprinzips erschöpft sich angesichts seiner Unbestimmtheit weitgehend in der Forderung, der Staat müsse überhaupt auf soziale Sicherung und sozialen Ausgleich hinwirken; der Versuch, ihm darüber hinausgehende, konkrete Handlungserwartungen zu entnehmen, stellt hingegen vor fast unüberwindbare Schwierigkeiten.<sup>125</sup> Nun mag man mit Recht einwenden, dass sich diese Normen der grundgesetzlichen Erstfassung nicht selbst an den Vorgaben des Art. 79 Abs. 3 GG messen lassen müssen.<sup>126</sup> Für die Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG kommt ihnen dennoch eine Indizwirkung zu, weil nicht davon auszugehen sein dürfte, dass der Verfassungsgeber mit den selbst in Kraft gesetzten Bestimmungen hinter eben den (Bestimmtheits-)Standards zurückbleiben wollte, die er für künftig einzuführende Verfassungsbestimmungen gewahrt wissen will.<sup>127</sup> Vor dem Hintergrund dieser „Konsistenzvermutung“<sup>128</sup> bestärken die zahlreichen Normen, die bereits in der Ursprungsfassung des Grundgesetzes mit hochgradig unbestimmten Begriffen operierten oder sich in Zielvor-

---

(2009), S. 29 (66 f.), der zur Herleitung unter anderem ebenfalls auf den Grundsatz der Gesetzesbindung abstellt, siehe ebd., S. 64; kritisch insofern aber *U. M. Gassner*, ZG 11 (1996), S. 37 (42), der meint, dass „keine Norm so unbestimmt ist, daß sie allein aus diesem Grund nicht justitiabel wäre“; ebenso *P. Kunig*, JURA 1990, S. 495 (497).

<sup>124</sup> Siehe statt vieler *N. Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde, 2011, S. 10, der die insofern herrschende Objektformel als „Negativdefinition“ bezeichnet, die „keine konkrete inhaltliche Festlegung“ enthalte, sondern den Begriff stattdessen „primär vom Eingriff her“ definiere.

<sup>125</sup> Vgl. *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VIII Rn. 18 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022) sowie *A. Wallrabenstein*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 7 Rn. 56 f., 62 ff., insbes. vor Rn. 62: „Prinzip ohne Inhalt“.

<sup>126</sup> Dazu bereits oben § 5 II 2 c) aa).

<sup>127</sup> Vgl. *S. Blasche*, Die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, 2006, S. 89; *K.-E. Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 57; *M. Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 Rn. 111 (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014).

<sup>128</sup> *K.-E. Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 57.

gaben erschöpften, die These, dass der änderungsfeste Kern des Bestimmtheitsgrundsatzes klein ist und nicht mehr verlangt als die Möglichkeit, den fraglichen Normen überhaupt einen vollzugsfähigen Gehalt zu entnehmen.<sup>129</sup>

Von der etablierten Bestimmtheitsdogmatik unterscheidet sich der änderungsfeste Minimalgehalt des Bestimmtheitsgebots demnach vor allem dadurch, dass sein Standard keine Schwankungen zulässt. Ob eine Norm überhaupt justiziabel ist, hängt weder mit der Intensität der durch sie bewirkten oder ermöglichten Grundrechtseingriffe zusammen, noch wird er von der Dynamik oder Vielgestaltigkeit des durch sie geregelten Sachbereichs beeinflusst.<sup>130</sup> Für eine anforderungserhöhende Abwägung dieser Kriterien lässt er keinen Raum.

Die Antwort auf die Frage nach der generellen Zulässigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensnormen und Finalprogrammen kann angesichts der derart abgesenkten Anforderungen nicht anders ausfallen als bereits auf Ebene des einfachen Rechts: Ein grundsätzliches Verbot unbestimmter Verfassungsbegriffe, verfassungsrechtlicher Ermessensnormen oder grundgesetzlicher Finalprogramme ergibt sich auch aus den Bestimmtheitsanforderungen, die Art. 79 Abs. 3 GG für (neue) Verfassungsnormen statuiert, nicht.

### c) Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorbehaltsgrundsätzen

Verfassungsrechtliche Zweifel mag die Unbestimmtheit gesetzlicher Bestimmungen daneben auch im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes provozieren: Stellt die verlorengegangene Eindeutigkeit des Rechts möglicherweise deshalb ein ausgleichsbedürftiges Defizit dar, weil Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen, die auf unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessensnormen und Finalprogramme zurückgreifen, Fragen offenlassen, deren Beantwortung die Verfassung der ersten Gewalt zuweist? Welche Grenzen also setzt der Vorbehalt des Gesetzes der mit diesen Normstrukturen einhergehenden Unbestimmtheit?

#### aa) Vorbehalt des Gesetzes: Anforderungen an Existenz und Dichte einfachgesetzlicher Handlungsgrundlagen

##### (1) Grundlagen

Der Vorbehalt des Gesetzes bildet gemeinsam mit dessen Vorrang den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.<sup>131</sup> Während sich der Vorrang des Ge-

<sup>129</sup> Vgl. *K.-E. Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 69.

<sup>130</sup> *E. V. Towfigh*, *Der Staat* 48 (2009), S. 29 (67).

<sup>131</sup> *H.-D. Horn*, *Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung*, 1999, S. 22, 28; *P. M. Huber*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 6 Rn. 18; *F. Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 18; *K. Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 803, 805:

setzes darauf konzentriert, an die gegenüber anderen Rechtsnormen prioritäre Gesetzesbindung von Rechtsprechung und Verwaltung zu erinnern,<sup>132</sup> gibt der Vorbehalt des Gesetzes erstens eine Antwort darauf, in welchen Fällen ein Handeln des Staates, vor allem ein solches der Verwaltung, auf eine parlamentsgesetzliche Handlungsgrundlage angewiesen ist.<sup>133</sup> Zweitens entscheidet er darüber, wie dicht und präzise die entsprechenden Gesetzesgrundlagen das entsprechende Staatshandeln vorzeichnen müssen.<sup>134</sup> Der Vorbehalt des Gesetzes enthält demnach nicht nur Maßstäbe für die Erforderlichkeit einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung, sondern steuert auch deren inhaltliche Ausgestaltung.<sup>135</sup> Das hat ebenso rechtsstaatliche wie demokratische Gründe.<sup>136</sup> Aus

„negative“ und „positive Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“; siehe auch *E. Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 61 ff., der beide Grundsätze unter der Überschrift „Gesetzmäßigkeit der Exekutive“ behandelt.

<sup>132</sup> *F. Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 1; vgl. zur Deutung des Vorrangs des Gesetzes als Grundsatz der Rechtsbindung *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 74.

<sup>133</sup> BVerfGE 83, 130 (152); *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 75 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *H.-D. Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 28 f.; *F. Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 11; *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 26 f.; *H. Wißmann*, Generalklauseln, 2008, S. 145.

<sup>134</sup> *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 75 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *M. Kloepfer*, JZ 1984, S. 685 (691); *P. Lerche*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III, 2009, § 62 Rn. 55; *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 47; *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 471 f. Insofern der Vorbehalt des Gesetzes demnach auch Erwartungen an die Regeldichte gesetzlicher Normen formuliert, überschneidet er sich mit den Anforderungen, die der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz stellt. Das genaue Verhältnis von Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz ist angesichts dessen noch immer nicht abschließend geklärt, siehe dazu etwa *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 4 ff.; *U. M. Gassner*, DÖV 1996, S. 18, siehe auch *C. Jebke*, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, 2005, S. 92 f., *H.-J. Papier*, in: Götz/Klein/Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 36 (45) sowie *A. v. Arnould*, Rechtssicherheit, 2006, S. 243: „Inkonsistenzen“. Verbreitet wird die Abgrenzung beider darin gesehen, dass allein der Vorbehalt des Gesetzes eine Aussage über das kompetenzrechtliche Verhältnis von Legislative und Exekutive treffe, während der Bestimmtheitsgrundsatz an Rechtssicherheit und -klarheit interessiert sei und daher auch auf Normen Anwendung finde, die sich auf das Verhältnis von erster und zweiter Gewalt nicht auswirken, siehe in diesem Sinne insbes. *J. Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsverbot, 1986, S. 140 f. sowie *M. Kloepfer*, JZ 1984, S. 685 (691); *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 471 ff., insbes. 476.

<sup>135</sup> Meist findet das in der These Ausdruck, der Vorbehalt des Gesetzes entscheide sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ einer gesetzlichen Regelung, siehe etwa *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 164 f.

<sup>136</sup> Zu dieser doppelten Fundierung des Vorbehaltssatzes u. a. *E.-W. Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 382 ff.; *C. D. Classen*, JZ 2003, S. 693 (694); *M. Kloepfer*, JZ 1984, S. 685 (693 f.); *F. Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 42; ausführlich *P. Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 95 ff., 126 ff.; *C. Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 73 ff.

rechtsstaatlicher Perspektive beruht der Vorbehalt des Gesetzes auf dem Motiv, durch hinreichend dichte gesetzliche Vorgaben behördlichem Machtmissbrauch entgegenzuwirken und auf diese Weise den Schutz individueller Freiheit zu garantieren.<sup>137</sup> Demokratische Deutungen betonen hingegen, dass die Erstzuständigkeit für alle bedeutenden Fragen des Gemeinwesens und alle wichtigen Entscheidungen der Gemeinwohlkonkretisierung beim einzig unmittelbar demokratisch legitimierten Organ liegen müsse, dem Parlament. Eben das stelle der Vorbehalt des Gesetzes sicher.<sup>138</sup>

(2) *Konturierung durch die sog. Wesentlichkeitstheorie*

Ihren normativen Niederschlag finden diese Erwägungen in der sog. Wesentlichkeitstheorie. Deren Kern bildet die These, das Parlament habe „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit dieser staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“.<sup>139</sup> Schon die Allgemeinheit dieser Formulierung zeigt, dass sich der so verstandene Vorbehaltsgrundsatz keinesfalls auf die insoweit häufig im Zentrum der Aufmerksamkeit stehende Delegation von Normsetzungsbefugnissen durch Verordnungsermächtigungen<sup>140</sup> beschränkt.<sup>141</sup> Auch unbestimmte Normen, die nicht explizit zur Normsetzung ermächtigen, sind an ihr zu messen, weil auch sie der zweiten und/oder dritten Gewalt implizite Normkonkretisierungslasten aufbürden. Nicht nur das Fehlen, sondern auch die uneindeutigkeitsbedingte Ausfüllungsbedürftigkeit parlamentsgesetzlicher Grundlagen kann sich im Lichte des Vorbehalts des Gesetzes demnach überall dort als problematisch erweisen, wo Regelungsbereiche und -fragen betroffen sind, die dem Wesentlichkeitsvorbehalt unterfallen.

<sup>137</sup> D. C. Umbach, in: Festschrift für H. J. Faller, 1984, S. 111 (114); F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 165. F. Ossenbühl, in: Götz/Klein/Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 9 (19) sieht hierin die historisch ursprüngliche Bedeutung des Vorbehaltsgrundsatzes; ebenfalls in historischer Perspektive K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk, Die Verwaltung 36 (2003), S. 141 (142).

<sup>138</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 165 f.; F. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 34; kritisch dazu P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 113 ff. sowie ihm folgend J. Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 170 ff.

<sup>139</sup> BVerfGE 49, 89 (126); ebenso BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116); fast wortgleich BVerfGE 1, 167 (170).

<sup>140</sup> Zur Wesentlichkeitslehre in diesem Zusammenhang etwa BVerfGE 56, 1 (13); 58, 257 (277 f.); 62, 203 (210); 123, 39 (78); sowie aus dem Schrifttum nur B. Busch, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S. 54 ff.; F. Kraatz, Parlamentsvorbehalt im Gentechnikrecht, 1995, S. 120 ff.; C. Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 186 ff., 234 ff.; J. Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 103 ff. und öfter.

<sup>141</sup> So etwa BVerfGE 40, 237 (249 f.).

Dass die Frage, was wesentlich ist, die Achillesverse der Theorie bildet, ist seit langem bekannt.<sup>142</sup> Die gelegentlichen Hinweise der Karlsruher Verfassungsrechtsprechung, die Wesentlichkeit sei „allgemein nach dem Grundgesetz“ zu bestimmen<sup>143</sup> und anhand dessen „tragenden Prinzipien“<sup>144</sup> zu beurteilen, geben insofern nur wenig Orientierung. Der zuweilen als tautologisch kritisierten<sup>145</sup> Ergänzung, wesentlich sei, was sich als „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“<sup>146</sup> erweise, lässt zwar immerhin noch erkennen, dass die Grundrechte zu den erwähnten tragenden Prinzipien zählen. Doch überrascht das nicht und lässt zudem völlig offen, wo die Trennlinie zwischen wesentlichen und unwesentlichen Grundrechtsfragen verläuft.<sup>147</sup> Zu den in der Diskussion insofern herangezogenen Kriterien zählt neben der Bedeutung der betroffenen Rechte vor allem die Intensität der jeweiligen Grundrechtsbeeinträchtigung:<sup>148</sup> Je bedeutender das Grundrecht und je intensiver dessen Beeinträchtigung, desto wesentlicher die zu entscheidende Frage.

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung führt Grundrechtsfragen allerdings lediglich als ein Beispiel für die Wesentlichkeit einer Regelungsmaterie an.<sup>149</sup> Im Schrifttum hat sich vor diesem Hintergrund ein bunter Strauß an Kriterien entwickelt, die für oder gegen die Wesentlichkeit einer Entscheidung

<sup>142</sup> Entsprechende Kritik etwa bei *R. Herzog*, NJW 1999, S. 25 (26); *W. Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (50f.); *G. Kisker*, NJW 1977, S. 1313 (1317f.); *M. Kloepfer*, JZ 1984, S. 685 (692); *K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 141 (147): „kaum Konturen jenseits der Kasuistik“; *F. Ossenbühl*, in: Götz/Klein/Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 9 (25); *dens.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 56; *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 57; *H. Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 57; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 65; *D. C. Umbach*, in: Festschrift für H.J. Faller, 1984, S. 111 (122ff.), die insofern allesamt die Unbestimmtheit des Wesentlichkeitskriteriums monieren; vgl. ferner bereits *W. Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 108f.; Verteidigung aber bei *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 31.

<sup>143</sup> BVerfGE 47, 46 (79).

<sup>144</sup> BVerfGE 49, 89 (127); 98, 218 (251).

<sup>145</sup> So *F. Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 57; ähnlich auch *M. Ronellenfitsch*, DÖV 1991, S. 771 (777); *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 291 f.

<sup>146</sup> BVerfGE 47, 46 (79); 57, 295 (321).

<sup>147</sup> *U. Haltern/F. C. Mayer/C. Möllers*, Die Verwaltung 30 (1997), S. 51 (52); Eingrenzungsversuche insofern bei *B. Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S. 43 ff.; allgemein kritisch zur Grundrechtsrelevanz als Kriterium der Wesentlichkeit *C.-E. Eberle*, DÖV 1984, S. 485 (487, 490).

<sup>148</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 170 m.Nachw.; *C. Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 116; *D. C. Umbach*, in: Festschrift für H.J. Faller, 1984, S. 111 (127).

<sup>149</sup> Das zeigt die Formulierung, zu den für die Wesentlichkeit maßgeblichen „tragenden Prinzipien des Grundgesetzes“ zählten „insbesondere“ die Grundrechte, so etwa in BVerfGE 49, 89 (127); 98, 218 (251).

in Stellung gebracht werden.<sup>150</sup> So soll von einer wesentlichen Entscheidung umso eher auszugehen sein, je langfristiger, politisch umstrittener und volkswirtschaftlich bedeutsamer sie ist, je stärker sie sich auf Staatsfinanzen und Verfassungsprinzipien (etwa Staatszielbestimmungen) auswirkt und je mehr Personen sie adressiert. Gegen die Wesentlichkeit einer Entscheidung soll es hingegen sprechen, wenn sie entwicklungs-offene Sachverhalte betrifft, Bereiche berührt, die aus anderen Gründen auf besondere Flexibilität angewiesen sind<sup>151</sup> oder die – etwa in den Bundesländern – dezentral geregelt werden sollten. Auch dass den Betroffenen Beteiligungsrechte an der Entscheidung eingeräumt werden, das Parlament entlastet wird oder eine Entscheidung den parlamentarischen Sachverstand übersteigt, wird zu Lasten der Wesentlichkeit angeführt. Deutlich weniger als die zugunsten der Wesentlichkeit angeführten Gesichtspunkte knüpfen die gegen sie vorgetragenen Aspekte an die Bedeutung der betroffenen Materie an. Vielmehr beschreiben sie Fälle, in denen eine hohe parlamentsgesetzliche Regelungsdichte aus anderen Gründen untunlich erschiene.<sup>152</sup> Die Ähnlichkeiten mit den Kriterien, die über die hinreichende Bestimmtheit einer Norm entscheiden, sind dabei kaum von der Hand zu weisen.<sup>153</sup>

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive stehen die genannten Kriterien weder in einer festen Rangfolge, noch genießt eines von ihnen uneingeschränkten Vorrang.<sup>154</sup> Stattdessen lassen sie sich als Argumentationstopoi verstehen, die bei der Bestimmung der Wesentlichkeit einer Entscheidung zusammenwirken, indem sie sich im Vorgang der Abwägung gegenseitig stärken oder nivellieren.<sup>155</sup> Das Ergebnis dieser Abwägung folgt indes keinem binären Schema. Wesent-

---

<sup>150</sup> Vgl. zu diesen sowie zum Folgenden *B. Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S. 51 ff.; *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 107 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *W. Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 491 ff.; *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 48; *C. Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 119 f.; *J. Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 238 ff.

<sup>151</sup> Speziell hierzu neben den in der vorstehenden Fußnote genannten noch *C.-E. Eberle*, DÖV 1984, S. 485 (492).

<sup>152</sup> So auch die Diagnose von *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 171 f in Fn. 113, diese Aspekte seien „eigentlich auf einer anderen Ebene angesiedelt als die Kriterien, die für die Wesentlichkeit einer Materie sprechen können“.

<sup>153</sup> *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 60 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 135 m. w. Nachw.

<sup>154</sup> Vgl. *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 172 sowie *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 49, nach dem das Verhältnis der Kriterien zueinander unklar ist.

<sup>155</sup> Den Abwägungscharakter betonen auch *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 31; *K.-H. Ladeur/T. Gostomyz*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 141 (148); *H. Wißmann*, Generalklauseln, 2008, S. 160; eingehend *F. Kalscheuer/A. Jacobsen*, DÖV 2018, S. 523.

lichkeit erlaubt graduelle Abstufungen. Und auch für die Regelungsdichte, die der Vorbehalt des Gesetzes einfordert, gilt nichts anderes. Mitnichten legt der Vorbehaltssatz den parlamentarischen Gesetzgeber daher bei Überschreiten der Wesentlichkeitsschwelle auf ein fallübergreifend gleichbleibendes Maß gesetzlicher Regelungsdichte fest. Stattdessen gewinnt er im Lichte der Wesentlichkeitstheorie Züge einer „Gleitformel“:<sup>156</sup> Der Grad der Wesentlichkeit einer Materie bestimmt, wie detailliert deren gesetzliche Regelung zu sein hat. Je wesentlicher eine Angelegenheit, umso höher die Anforderungen, die der Vorbehalt des Gesetzes an die Dichte der parlamentarischen Entscheidung stellt.<sup>157</sup> Er verlangt damit indes keinesfalls die größtmögliche, sondern stets lediglich die im Lichte des Grads der Wesentlichkeit der geregelten Fragen hinreichende Regelungsdichte.<sup>158</sup>

### (3) Anwendungsbereich

Sein zentrales Anwendungsfeld findet der durch die Wesentlichkeitslehre konturierte Vorbehalt des Gesetzes im Verhältnis von erster und zweiter Gewalt. Aus Sicht der Verwaltung erweist er sich dabei als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt:<sup>159</sup> Sofern es in einem dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegenden Regelungsbereich an einer parlamentsgesetzlichen Handlungsgrundlage fehlt, die auch im Hinblick auf die erforderliche Dichte den Anforderungen der Wesentlichkeitslehre genügt, bleibt der Administrative jegliches Handeln untersagt. Dass der Vorbehaltssatz häufig im Zusammenhang mit den Gestaltungsspielräumen administrativer Normsetzung<sup>160</sup> oder sonstigen Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung<sup>161</sup> thematisiert wird, sollte angesichts dieser Verbotswirkung nicht darüber hinwegtäuschen, dass es für die Anforderungen, die der Gesetzesvorbehalt im Hinblick auf die Regelungsdichte formuliert, gerade nicht darauf ankommt, ob der Verwaltung bei deren Konkretisierung gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Beurteilungs- oder Ermessensspielräume zustehen. Zwar mag man einwenden, dass dort, wo die Gerichte die Entscheidungen der Verwaltung in vollem Umfang kontrollieren, sie auch die parlamentsgesetzlichen Handlungsgrundlagen im Hinblick auf die offen gebliebenen, wesentlichen Fragen

<sup>156</sup> K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk, Die Verwaltung 36 (2003), S. 141 (149); B. Pieroth, JURA 2013, S. 248 (253).

<sup>157</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 168; B. Pieroth, JURA 2013, S. 248 (253); vgl. auch C. D. Classen, JZ 2003, S. 693 (700).

<sup>158</sup> C. Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 101.

<sup>159</sup> B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 83 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); ähnlich F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 28: „Handlungssperre [...] bei Fehlen eines Parlamentsgesetzes“.

<sup>160</sup> So etwa bei J. Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 136 ff.

<sup>161</sup> Siehe etwa F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 162 ff.

konkretisieren (oder eher: ergänzen?) können. Ob Gesetzgeber oder Gerichte die gesetzlichen Vorgaben hinreichend verdichten, sei, so das mögliche Argument, aus Sicht der Verwaltung aber zweitrangig: So oder so seien ihre Handlungsspielräume hinreichend eng definiert. Dass dieser Einwand nicht verfährt, zeigt sich indes schon daran, dass er das Vorbehaltsproblem lediglich verlagerte: Statt die Vorbehaltsfrage im Verhältnis von erster und zweiter Gewalt zu belassen, provozierte er die – bislang ungeklärte – Frage, ob der Gesetzgeber nicht auch im Verhältnis zur Gerichtsbarkeit verpflichtet ist, alle wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden normativen Bereichen mit hinreichender Präzision vorzuzeichnen.<sup>162</sup> Indem er sich auf den pathologischen Fall gerichtlicher Überprüfung verlässt, blendet er zudem aus, dass es zu einer solchen Überprüfung überhaupt nur kommt, wenn die Gerichte mit einem Fall befasst werden. Und selbst dort, wo dies geschieht, käme die nachlaufende gerichtliche Bestimmung der wesentlichen Aspekte einer Entscheidung stets zu spät, weil der Vorbehalt des Gesetzes seine Verbotswirkung auch schon beim unvermeidlichen Erstzugriff der Verwaltung entfaltet. Auch einfachgesetzlichen Unbestimmtheiten, deren letztverbindliche Konkretisierung nicht der Verwaltung obliegt, sondern den Gerichten überlassen bleibt, setzt der Vorbehalt des Gesetzes demnach Grenzen. Angesichts der einzelfallabhängig-fließenden Vorgaben der Wesentlichkeitslehre (Stichwort: Gleitskala)<sup>163</sup> folgt daraus allerdings keinesfalls ein kategorisches Verbot von unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensermächtigungen oder Finalprogrammen.<sup>164</sup> Allenfalls im Einzelfall mögen diese mit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes in Konflikt geraten.

*bb) Vorbehalt der Verfassung: Anforderungen an Existenz und Dichte verfassungsrechtlicher Handlungsgrundlagen*

Überhaupt nicht entgegenhalten lässt sich der durch die Wesentlichkeitslehre konkretisierte Vorbehalt des Gesetzes hingegen der Unbestimmtheit verfas-

<sup>162</sup> Die Anwendbarkeit des Vorbehaltsgrundsatzes im Verhältnis zur Rechtsprechung befürwortend etwa C. Hillgruber, JZ 1996, S. 118 (123 ff.); B. Pieroth/T. Auel, JZ 2003, S. 504 (509); R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 322 ff.; J. Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 101 ff.; differenzierend hingegen C. D. Classen, JZ 2003, S. 693 (700 f.); gänzlich ablehnend U. Haltern/F. C. Mayer/C. Möllers, Die Verwaltung 30 (1997), S. 51 (61 ff.); R. Herzog, in: Festschrift für H. Simon, 1987, S. 103 (107 ff.); P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 91 ff., 182 ff., 241 f.; A. Söllner, ZG 10 (1995), S. 1 (3 ff.); stark einschränkend auch T. Barczak, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 40.

<sup>163</sup> Siehe soeben § 5 IV 1 c) aa) (2).

<sup>164</sup> Vgl. etwa M. Fehling, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 461 (472); C. Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 137 f., 146; für Ermessensnormen R. Brinktrine, Verwaltungsermessens in Deutschland und England, 1998, S. 78 ff.; für Generalklauseln ebenso H. Wißmann, Generalklauseln, 2008, S. 331, der allerdings Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz zusammenführt.



sungsrechtlicher Normen. Wo er seine Wirkung entfaltet, bedarf es zwar einer hinreichend dichten Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers; doch genügt ihm eine solche eben auch. Ob der Gesetzgeber in einfacher oder verfassungsändernder Funktion entscheiden muss, darauf gibt der Vorbehalt des Gesetzes keine Antwort. Zu Mindestgehalten und Regelungsdichte des Verfassungsrechts verhält er sich deshalb nicht. Und so kann sich auch die These, die Uneindeutigkeit grundgesetzlicher Bestimmungen oder deren „geringe materiell-rechtliche Maßstäblichkeit“<sup>165</sup> verlange nach einem (prozeduralen) Ausgleich, nicht auf den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes stützen.

Ob und inwiefern gerade die Verfassung bestimmte Entscheidungen treffen und hinreichend präzise vorzeichnen muss, ist damit indes keinesfalls abschließend beantwortet. Verfassungstheorie und -dogmatik fragen insofern in bewusster Parallele zum verfassungsrechtlichen Begriffspaar von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes danach, ob auch dem Vorrang der Verfassung ein Vorbehalt der Verfassung zur Seite steht.<sup>166</sup> Gemeint ist damit ein allgemeiner Grundsatz, der Aufschluss darüber verspricht, „was in der Verfassung normiert werden muss in Abgrenzung zu dem, was dem einfachen Gesetzesrecht überlassen werden darf“.<sup>167</sup> Lässt die Verfassung angesichts ihrer Unbestimmtheit Fragen im Ungewissen, auf die gerade sie eine Antwort schuldet, so mag die hieran anknüpfende Defizitdiagnose folglich im Vorbehalt der Verfassung eine Stütze finden. Doch kennt das deutsche Recht überhaupt einen allgemeinen Vorbehalt der Verfassung? Und lassen sich aus ihm wirklich Anforderungen an die Regelungsdichte verfassungsrechtlicher Bestimmungen ableiten? Die folgenden Überlegungen legen im Hinblick auf beide dieser Fragen eine negative Antwort nahe.

### (1) *Textbefund*

Ein Blick in den Text des Grundgesetzes offenbart schnell, dass dieser einen Vorbehalt der Verfassung jedenfalls als allgemeinen Grundsatz an keiner Stelle

<sup>165</sup> So die Umschreibung bei A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 269, 283 und öfter.

<sup>166</sup> Diese Parallele nehmen etwa J. Isensee, in: Festschrift für W. Leisner, 1999, S. 359 (359 ff., insbes. 361); T. Kingreen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 40; F. Ossenbühl, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 309 (310 f.) zum Ausgangspunkt der Frage nach dem Verfassungsvorbehalt; siehe auch S. Pitzen, Der Vorbehalt der Verfassung, 2013, S. 27; kritisch zu dieser sprachlichen Parallelisierung C. Waldhoff, Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt, 2016, S. 13 ff.

<sup>167</sup> C. Waldhoff, Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt, 2016, S. 14; in der Sache ebenso T. Kingreen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 40; enger hingegen S. Pitzen, Der Vorbehalt der Verfassung, 2013, S. 27, 29 ff., der mit dem Begriff allein das Prinzip verbindet, nach dem „ein Handeln des Gesetzgebers nur dann in Betracht kommt, wenn hierfür eine Ermächtigung in der Verfassung besteht“ (ebd., S. 27); unklar, aber offenbar anders hingegen W. Schmidt, AöR 106 (1981), S. 497 (497 ff.).

erwähnt.<sup>168</sup> Teilbereichsspezifische Verfassungsvorbehalte finden sich indes durchaus: Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG behält für Beschlüsse des Bundestages Abweichungen vom Grundsatz der Abstimmungsmehrheit der grundgesetzlichen Regelung vor; nach Art. 70 Abs. 1 GG genießt der Bund Legislativbefugnisse nur, wenn und soweit das Grundgesetz solche vorsieht; Bundesgerichte können nach Art. 92 2. Hs GG nur durch das Grundgesetz eingerichtet werden; und auch der Einsatz der Streitkräfte zu anderen Zwecken als zur Verteidigung ist gem. Art. 87a Abs. 2 GG dem einfachen Gesetzgeber entzogen. Nun mag man erwägen, hinter diesen (und weiteren)<sup>169</sup> Beispielen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu entdecken, der es dann erlaubte, auch weitere Entscheidungen auf Verfassungsebene zu monopolisieren. Doch bliebe dieser Versuch argumentativ und methodisch anfechtbar, weil sich nicht zweifelsfrei entscheiden lässt, ob die genannten Bestimmungen tatsächlich einem allgemeinen Verfassungsvorbehalt Ausdruck verleihen oder doch eher als nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmen von der Regel zu verstehen sind, dass ein solcher Verfassungsvorbehalt im Grundsatz gerade nicht besteht.<sup>170</sup> Angesichts der Unterschiede der von den genannten Verfassungsvorbehalten erfassten Bereiche dürfte zudem auch die induktive Ableitung verallgemeinerungsfähiger Kriterien dafür, welche Materien dem Verfassungsvorbehalt unterliegen, erhebliche Probleme bereiten.

## *(2) Engführung des Vorbehaltsgrundsatzes in der verfassungsrechtlichen Diskussion*

Die verfassungsrechtliche Diskussion entzieht sich dieser Schwierigkeit dadurch, dass sie den Vorbehalt der Verfassung fast durchweg auf die Frage reduziert, ob ein *jedes* staatliches Handeln auf eine verfassungsrechtliche Grundlage angewiesen ist, und dabei offenbar nur zwei Antworten gestattet: ein kategorisches „Ja“ oder ein pauschales „Nein“.<sup>171</sup> Jenseits speziell normierter Verfassungsvorbehalte soll das Handeln des Staates demnach je nach vertretener Position entweder immer oder nie von einer verfassungsrechtlichen Handlungsgrundlage abhängig sein. Die Frage nach vorbehaltsauslösenden Kriterien, die eine differenzierte Bestimmung des Anwendungsbereichs des Verfassungsvorbehalts erlaubten, erübrigt sich damit.

---

<sup>168</sup> So auch *S. Pitzen*, *Der Vorbehalt der Verfassung*, 2013, S. 31; *T. Kingreen*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 41.

<sup>169</sup> Siehe die ausführlichere Auflistung bei *T. Kingreen*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 41 ff.

<sup>170</sup> *T. Kingreen*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 45; vgl. auch *S. Pitzen*, *Der Vorbehalt der Verfassung*, 2013, S. 36; gegen eine Verallgemeinerung ferner *A. Bleckmann*, *JR* 1978, S. 221 (226).

<sup>171</sup> Das wird deutlich in der Darstellung des für die Diskussion prägenden „Arguments der Herrschaftskonstitution“ bei *S. Pitzen*, *Der Vorbehalt der Verfassung*, 2013, S. 174 ff.

Ihren Grund hat diese differenzierungsfeindliche Engführung darin, dass sie den Vorbehalt der Verfassung in argumentativer Hinsicht weniger auf dogmatische Argumente stützt als vielmehr auf verfassungstheoretische Grundannahmen über Telos und Funktion von Verfassungen im Allgemeinen oder des Grundgesetzes im Besonderen. Während die Befürworter eines allgemeinen Verfassungsvorbehalts die Verfassung in erster Linie als konstituierende Grundlage staatlicher Herrschaft verstehen und infolgedessen als Konglomerat begrenzter Einzelermächtigungen deuten, betonen die Gegner den Charakter der Verfassung als Rahmenordnung, die der staatlichen Herrschaft lediglich äußere Grenzen setze, ihr innerhalb dieser Grenzen aber freie Hand lasse.<sup>172</sup> In ungeahnter Deutlichkeit hat sich das BVerfG in seiner Entscheidung zur Rechtsschreibreform dieser letztgenannten Position angeschlossen. Dem Grundgesetz, so formuliert das Verfassungsgericht dort, liege „nicht die Vorstellung zugrunde, daß sich jede vom Staat ergriffene Maßnahme auf eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zurückführen lassen müsse. Es geht vielmehr von der generellen Befugnis des Staates zum Handeln im Gemeinwohlinteresse aus, erlegt ihm dabei aber sowohl formell als auch materiell bestimmte Beschränkungen auf. Ein Regelungsverbot kann sich unter diesen Umständen nicht schon aus einer fehlenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung, sondern nur aus den verfassungsrechtlichen Schranken staatlicher Entscheidungen ergeben“.<sup>173</sup> Einen allgemeinen Vorbehalt der Verfassung, so das BVerfG, kennt das Grundgesetz folglich nicht.

### (3) Grenzen der Übertragung der Wesentlichkeitslehre

Da die gerade skizzierte Engführung auf die Frage, ob *jedes* staatliche Handeln einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung bedarf, differenzierte Antworten

<sup>172</sup> Gut ersichtlich wird dies anhand der im „Kampf um den Wehrbeitrag“ vertretenen Positionen. Für die Theorie begrenzter Einzelermächtigungen (und damit einen Verfassungsvorbehalt) stritten dort vor allem *E. Forsthoff*, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. 2, 2. Halbbd., 1953, S. 312 (319 ff.); *R. Smend*, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. 2, 1. Halbbd., 1952, S. 148 (151 ff., insbes. 152) unter Berufung auf *E. Kaufmann*, *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1908; in diese Richtung auch *H. Kraus*, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. 2, 1. Halbbd., 1952, S. 139 (144 f.); gegen einen Verfassungsvorbehalt wiesen auf die Allzuständigkeit des Staates innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen unter anderem hin *U. Scheuner*, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. 2, 2. Halbbd., 1953, S. 94 (112, 118, 123 f.); *A. Süsterhenn*, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. 2, 1. Halbbd., 1952, S. 260 (261); ferner *W. Jellinek*, *DÖV* 1951, S. 541 (541). Zusammenfassend und aufschlussreich der Überblick zum seinerzeitigen Meinungsstand bei *A. Bleckmann*, *JR* 1978, S. 221 (221 ff.). Allgemeiner zu dieser Auseinandersetzung erneut *S. Pitzen*, *Der Vorbehalt der Verfassung*, 2013, S. 174 ff. und S. 41 ff. mit konkreter Analyse des Streits über den Wehrbeitrag.

<sup>173</sup> BVerfGE 98, 218 (246).

ausschließt, lässt sie – ungeachtet der Tatsache, dass gerade die Parallele zum Vorbehalt des Gesetzes den Ausgangspunkt für die Suche nach einem Vorbehalt der Verfassung bildet – nur noch eingeschränkten Raum für die Übertragung des zentralen Elements der Vorbehaltstheorie: die Wesentlichkeitslehre. Nimmt man die widerstreitenden theoretischen Grundpositionen ernst, so entscheiden weder Bedeutung noch Wesen der zu entscheidenden Frage darüber, ob es einer verfassungsrechtlichen Grundlage bedarf, sondern stattdessen allein die Tatsache, dass sich der Staat ihrer annehmen will. Die Möglichkeit, analog zum Vorbehalt des Gesetzes etwa zwischen staatlicher Leistungs- und Eingriffstätigkeit zu unterscheiden, bleibt auf diese Weise versperrt; der Vorbehalt der Verfassung erstreckt sich ungeachtet der unterschiedlichen Grundrechtsrelevanz entweder auf beide Bereiche oder auf keinen.

Die für die Wesentlichkeitstheorie – und die Kompensationsbedürftigkeit unbestimmter Verfassungsnormen – nicht minder wichtige Frage nach dem „Wie“ einer vorbehaltenen Entscheidung, also diejenige nach der erforderlichen Regelungsdichte, spielt in den Diskussionen über den Vorbehalt der Verfassung denn auch überhaupt keine Rolle. Mit den verfassungstheoretischen Grundpositionen geriete es zwar keinesfalls in Konflikt, insofern anhand bestimmter Kriterien zu differenzieren und auf diese Weise auch den Vorbehalt der Verfassung anhand einer gleitenden Anforderungsskala zu operationalisieren. Doch anhand welcher Kriterien sollte sich die Wesentlichkeit einer der Verfassung vorbehaltenen Entscheidung bestimmen?<sup>174</sup> Noch hinwegsehen mag man insofern über die Schwierigkeit, dass es – will man nicht auf außerrechtliche Maßstäbe zurückgreifen – allein die Verfassung selbst sein könnte, die über die Wesentlichkeit ihrer eigenen Regelungen entscheidet. In Rechnung stellen müsste man dann allerdings, dass bereits der Vorbehalt des Gesetzes für die Bestimmung der Wesentlichkeit auf die „tragenden Prinzipien“<sup>175</sup> des Grundgesetzes verweist.<sup>176</sup> Angesichts dessen bliebe für den Vorbehalt der Verfassung kein eigenständiger rechtlicher Maßstab mehr übrig. Sich an denselben Kriterien zu orientieren, dürfte aber schon deshalb ausscheiden, weil der Vorbehalt des Gesetzes dann völlig im Vorbehalt der Verfassung aufginge. Was der Vorbehalt des Gesetzes der parlamentarischen Entscheidung vorbehält, wäre dann, wenn der Vorbehalt der Verfassung angesichts identischer Kriterien auch gleichlaufende Anforderungen an die Regelungsdichte stellte, stets mit demselben Detailgrad auf Verfassungsebene zu entscheiden.

---

<sup>174</sup> Angedeutet ist dieses Kriterienproblem auch bei *F. Ossenbühl*, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 309 (311, 312): „Wer bestimmt die ‚Bedeutungsschwere‘ eines Gegenstandes, die es gebietet, ihn dem Verfassungsvorbehalt zuzuschlagen?“ (ebd., S. 311).

<sup>175</sup> BVerfGE 49, 89 (127); 98, 218 (251).

<sup>176</sup> Dazu bereits soeben § 5 IV 1 c) aa) (2).

## (4) Normhierarchische Grenzen eines Vorbehalts der Verfassung

Zutreffend gesehen wird in der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung, dass die Hochzonung des Vorbehaltsgrundsatzes auf Verfassungsebene zudem auch normhierarchische Schwierigkeiten provozierte. Verbreitet werden diese darin gesehen, dass „ein rechtlicher Vorbehalt seine spezifische Bedeutung verliert, wenn er nicht auf höherrangigem Recht beruht“.<sup>177</sup> Da der Vorbehalt der Verfassung aber jedenfalls nicht auf überverfassungsrechtlichen Maßstäben beruhe, gehe er über das, was der Vorrang der Verfassung ohnehin gewährleiste, nicht hinaus.<sup>178</sup> Denn untersage, gebiete oder erlaube die Verfassung die gesetzliche Regelung bestimmter Gegenstände, so genüge die in deren Vorrang zum Ausdruck kommende Verfassungsbindung der Legislative, um auch die mit dem Vorbehalt der Verfassung verbundene Frage zu entscheiden, was der einfache Gesetzgeber selbst regeln darf. Dass Kriterien der Wesentlichkeit einer Entscheidung für die Frage, ob sie auf Ebene der Verfassung entscheiden werden muss, keine Rolle mehr spielen, führt dies noch einmal klar vor Augen. Denn geht der Vorbehalt der Verfassung in deren Vorrang auf, so bedarf es einer verfassungsrechtlichen Entscheidung eben nur dann – aber auch immer dann – wenn der einfache Gesetzgeber bisher durch grundgesetzliche Vorgaben an einer entsprechenden Regelung gehindert ist. Die vor diesem Hintergrund namentlich von *Josef Isensee* verfochtene These, alle juristischen Probleme, auf die im Verwaltungsrecht der Vorbehalt des Gesetzes Antwort gebe, ließen sich im Verfassungsrecht mit dem Vorrang des Gesetzes lösen,<sup>179</sup> greift dennoch zu kurz. Sie übersieht, dass der Vorbehalt des Gesetzes nicht nur über die Frage entscheidet, ob es überhaupt einer gesetzlichen Grundlage bedarf, sondern auch darüber, welche Regelungsdichte diese aufweisen muss.<sup>180</sup> Über eben diese Frage aber verspricht der Vorrang der Verfassung – jedenfalls in der Form, in der er bisher diskutiert wird – keinen Aufschluss.

Die normhierarchischen Verwerfungen, die ein Vorbehalt der Verfassung provoziert, liegen im Lichte dieser Überlegung nicht nur darin, dass ihm angesichts des Vorrangs der Verfassung keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen könnte. Vielmehr rühren sie zumindest auch daher, dass der Vorbehalt der Verfassung die Frage nach dem „Wie“ einer verfassungsrechtlichen Regelung nicht zu lösen vermag, weil diese einen Rechtsmaßstab voraussetzte, an

<sup>177</sup> C. Waldhoff, *Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt*, 2016, S. 30; ebenso J. Isensee, in: *Festschrift für W. Leisner*, 1999, S. 359 (366).

<sup>178</sup> Diese These, der Vorbehalt der Verfassung erschöpfe sich in deren Vorrang, etwa bei J. Isensee, in: *Festschrift für W. Leisner*, 1999, S. 359 (366); *ders.*, AöR 138 (2013), S. 325 (331 mit und in Fn. 23); T. Kingreen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 45; C. Waldhoff, *Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt*, 2016, S. 30f.; tendenziell kritisch aber S. Pitzen, *Der Vorbehalt der Verfassung*, 2013, S. 29.

<sup>179</sup> J. Isensee, in: *Festschrift für W. Leisner*, 1999, S. 359 (366).

<sup>180</sup> Siehe oben § 5 IV 1 c) aa) m. Nachw.

dem sich die Bestimmungen der Verfassung selbst messen lassen müssten. In Ermangelung einer solchen der Verfassung übergeordneten Normschicht entfaltet ein möglicher Vorbehalt der Verfassung seine Maßstabswirkung allenfalls im Hinblick auf die Staatstätigkeit, deren verfassungsrechtliche Fundierung er verlangt; die Bewertung der nach ihm ggfs. erforderlichen verfassungsrechtlichen Handlungsgrundlagen leitet er hingegen nicht an. Die soeben geschilderte Engführung der Vorbehaltsproblematik auf die Frage des „Ob“ einer verfassungsrechtlichen Grundlage erscheint angesichts dessen geradezu konsequent. Und doch bildet sie im Vergleich zum modellgebenden Vorbehalt des Gesetzes in der Form, die dieser durch die Wesentlichkeitslehre gewonnen hat, einen entscheidenden Unterschied. Mit dem Erfordernis einer parlamentsgesetzlichen Grundlage definiert dieser zwar auch eine Rechtmäßigkeitsbedingung für das Handeln der Verwaltung, zugleich jedoch etablieren die in ihm enthaltenen Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte Bewertungsmaßstäbe für die Verfassungsmäßigkeit der die Verwaltung ermächtigenden Normen selbst. Demgegenüber blendet der Vorbehalt der Verfassung diese Bewertung der verfassungsrechtlichen Handlungsgrundlagen selbst aus – und zwar gerade auch aus normhierarchischen Gründen. Denn die rechtliche Beurteilung verfassungsrechtlicher Ermächtigungsnormen setzte einen den fraglichen Verfassungsnormen übergeordneten Rechtsmaßstab voraus, dem allenfalls Art. 79 Abs. 3 GG eine Heimat bieten könnte.

*(5) Vorbehaltstypische Anforderungen aus Art. 79 Abs. 3 GG?*

Einzig Art. 79 Abs. 3 GG verspricht demnach Aufschluss darüber, ob das Grundgesetz einen allgemeinen Vorbehalt der Verfassung kennt, der sich nicht in Handlungsverboten für den einfachen Gesetzgeber erschöpft, sondern stattdessen – in Analogie zu den Erwartungen, die Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitslehre an einfachgesetzliche Bestimmungen formulieren – auch die erforderliche Regelungsdichte derjenigen Entscheidungen definiert, die dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten sind. Verbietet Art. 79 Abs. 3 GG es also, bestimmte Entscheidungen (allein) dem einfachen Gesetzgeber zu überlassen? Oder anders formuliert: Gibt es Entscheidungen, für die die Tatsache, dass sie nicht durch verfassungsänderndes, sondern durch einfaches Gesetz getroffen werden, dazu führt, dass einer der nach Art. 79 Abs. 3 GG änderungs-festen Grundsätze berührt wird?

Einen Ansatzpunkt für die Beantwortung dieser Fragen bieten vor allem die in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Grundsätze des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips. Die meisten Anliegen des Rechtsstaatsprinzips – sei es die Gewährleistung der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns oder der Schutz individueller Freiheiten vor behördlicher Willkür – sichern einfachgesetzliche Regelungen indes nicht weniger wirksam ab, als es verfassungsrechtliche Be-

stimmungen vermögen. Maßgebliche Unterschiede zwischen beiden bestehen allerdings im Hinblick auf die über Art. 79 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG abgesicherte Verfassungsbindung der Gesetzgebung und den damit verbundenen Vorrang der Verfassung.<sup>181</sup> Ob es den Vorrang der Verfassung berührt, wenn das Grundgesetz es erlaubte, bestimmte Entscheidungen durch einfaches Gesetz zu treffen, erscheint aber dennoch zweifelhaft. Denn zumindest auf den ersten Blick erschöpft sich der Vorranggrundsatz in der Forderung nach einer auch für die Gesetzgebungsorgane verbindlichen Verfassung, ohne damit zugleich zwingende Mindestgehalte einer solchen festzulegen.<sup>182</sup> Denkt man diese Trennung zu Ende, stößt sie freilich schnell an Grenzen, weil bei einer Verfassung ohne Inhalte auch der Vorrang der Verfassung leerliefe. Auch vor diesem Hintergrund gewinnt eine Materialisierung des Vorranggrundsatzes an Plausibilität. Die genauen Verfassungsinhalte, die ein derart materialisierter Vorrang der Verfassung garantierte, lassen sich dabei allerdings letztlich nur dem Art. 79 Abs. 3 GG entnehmen. Dass die in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Grundsätze selbst gegen Zugriffe des verfassungsändernden Gesetzgebers geschützt sind, um auf diese Weise gerade auch ihre Maßstäblichkeit für künftige Gesetzgebungsakte zu sichern, zeigt nicht nur, dass sie ihren Platz notwendigerweise im Grundgesetz finden, sondern führt zugleich vor Augen, dass sie ihrerseits auf den Vorrang der Verfassung angewiesen sind. Denn nur, wenn erstens das Verfassungsrecht Vorrang genießt und die besagten Grundsätze zweitens auch selbst verfassungsrechtlich verankert sind, vermögen sie diese Maßstabsfunktion zu erfüllen. Im Lichte der Änderungsfestigkeit des Vorrangs der Verfassung verbietet es Art. 79 Abs. 3 GG demnach, die Maßstabsfunktion der in ihm genannten materiellen Verfassungsgrundsätze durch deren Verlagerung ins einfache Gesetzesrecht zu beeinträchtigen. Sie würden in unzulässiger Weise preisgegeben, wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber es allein dem einfachen Recht übertrüge, sie zu sichern – und das selbst dann, wenn die entsprechenden Grundsätze dabei inhaltlich unverändert blieben. In der Sache enthält Art. 79 Abs. 3 GG demnach durchaus eine Art Verfassungsvorbehalt: Der Schutz der in Art. 1 und 20 GG enthaltenen Vorgaben bleibt der Verfassung vorbehalten, und zwar genau insoweit, wie diese vom Schutz der „Grundsätze“ in Art. 79 GG erfasst sind.

---

<sup>181</sup> Zum Schutz des Vorrangs der Verfassung über Art. 79 Abs. 3 GG siehe etwa *H.-U. Evers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Abs. 3 Rn. 199f. (Stand: Zweitbearbeitung, Oktober 1982); *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III Rn. 51; *P. M. Huber*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 6 Rn. 63; *B. Schöbener*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Rn. 129 (Stand: 45. Erg.-Lfg. Mai 2015); *C. Vismann*, in: Denninger/Hofmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 79 Rn. 60 (Stand: August 2002).

<sup>182</sup> Siehe auch *K.-E. Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 112, der insofern einen „formalen Charakter“ diagnostiziert.

Ein weitergehender Verfassungsvorbehalt folgt auch nicht aus den gem. Art. 79 Abs. 3 GG ebenfalls änderungsfesten Grundsätzen des Demokratieprinzips. Das Demokratieprinzip mag man insofern zwar immerhin noch mit der Erwägung anführen, dass verfassungsändernde Gesetze demokratisch stärker rückgebunden sind als einfache Gesetzesbeschlüsse. Schließlich unterliegen jene im Vergleich zu diesen erhöhten Mehrheitserfordernissen.<sup>183</sup> Einzupreisen ist bei dieser Bewertung allerdings auch, dass sich eben diese erhöhten Mehrheitserfordernisse in einer erschwerten Änderbarkeit der beschlossenen Normen fortsetzen,<sup>184</sup> die aus rein demokratischer Perspektive betrachtet zu einer rechtfertigungsbedürftigen Bindung künftiger Gesetzgeber führt.<sup>185</sup> Hinzu kommt, dass eine auf die Grundsätze des Demokratieprinzips gestützte Begründung eines Verfassungsvorbehalts voraussetzte, dass die über Art. 79 Abs. 3 GG garantierten demokratischen Grundsätze für Entscheidungen bestimmter Inhalte tatsächlich erhöhte Anforderungen an die demokratische Rückbindung stellten, denen die für einfache Gesetze ausreichende einfache Abstimmungsmehrheit nicht genügt. Einen Ansatzpunkt mag diese Annahme in der Änderungsfestigkeit des Vorrangs der Verfassung finden. Denn könnte der Gesetzgeber mit einfacher Abstimmungsmehrheit nicht nur Gesetze beschließen, sondern zugleich möglicherweise entgegenstehendes Verfassungsrecht ändern, wäre die Verfassungsbindung des Gesetzgebers erheblich geschwächt. Gerade vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum zuweilen betont, dass Absenkungen des Quorums des Art. 79 Abs. 2 GG ab einem gewissen Punkt mit Art. 79 Abs. 3 GG in Konflikt gerieten.<sup>186</sup> Dass die eigentliche Ratio dieser Vorrangssicherung indes keine demokratische ist,<sup>187</sup> ist daran zu erkennen, dass es Art. 79

<sup>183</sup> Aus diesem Grund für eine erhöhte demokratische Legitimität der Verfassungs- gegenüber der Gesetzgebung etwa *A. Heusch*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 36 Rn. 16; kritisch hingegen *J. Natus*, *Verfassungsmisbrauch durch Zweidrittelmehrheit?*, 2017, S. 266 ff.

<sup>184</sup> Zu diesem Zusammenhang nur *P. Badura*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 270 Rn. 28; *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 I Rn. 18.

<sup>185</sup> Eingehend zu diesem Problemkreis *J. Hohnerlein*, *Recht und demokratische Reversibilität*, 2020, insbes. S. 165.

<sup>186</sup> So etwa *B.-O. Bryde*, in: von Münch/Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 57; *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 II Rn. 23; *F. Reimer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 79 Abs. 1 und 2 Rn. 227 (Stand: 183. Aktualisierung März 2017); *C. Visermann*, in: Denninger/Hofmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, Bd. 2, Art. 79 Rn. 40 (Stand: August 2002); *D. Zacharias*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 57 (93); tendenziell zurückhaltender, in der Sache aber ebenso *M. Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 79 Rn. 59 (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014); *J. Rozek*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 257 Rn. 24; anders aber offenbar *S. Augsberg*, in: Kluth/Krings (Hrsg.) *Gesetzgebung*, 2014, § 28 Rn. 48.

<sup>187</sup> Vgl. zur rechtsstaatlichen Fundierung des Vorrangs der Verfassung auch *T. Kingreen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR XII*, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 26.



Abs. 3 GG keinesfalls verlangt, Verfassungsänderungen im herkömmlichen Gesetzgebungsverfahren durchzuführen. Stattdessen könnten sie genauso gut einem Verfassungskonvent übertragen oder einer Volksabstimmung vorbehalten werden, ohne dass Art. 79 Abs. 3 GG für diese Fälle bestimmte Beteiligungsquoten oder Mehrheitserfordernisse enthielte.<sup>188</sup> Angesichts der Tatsache, dass auch für die Annahme des Grundgesetzes in den Ländern keine erhöhten Mehrheiten gefordert wurden<sup>189</sup> (und in Bayern die Annahme sogar überhaupt keine Mehrheit fand)<sup>190</sup>, dürfte zudem auch die oben bereits erwähnte Konsistenzvermutung<sup>191</sup> dafürsprechen, dass sich auch aus den in Art. 79 Abs. 3 GG enthaltenen demokratischen Grundsätzen keine erhöhten Mehrheitserfordernisse für verfassungsändernde Gesetze ergeben. Doch selbst wenn man zur Absicherung des Vorrangs der Verfassung erhöhte Mehrheitserfordernisse für änderungsfest erklärte, beantwortete dies noch immer nicht die Frage, für welche genauen Verfassungsinhalte der Vorrang auf diese Weise abzusichern wäre. Insofern wiederholt sich auch hier die oben bereits thematisierte Frage nach der Materialisierung des Vorrangs der Verfassung. Zu einem anderen Ergebnis aber führte sie nicht. Dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten bliebe auch so allein die Regelung der in Art. 79 Abs. 3 für änderungsfest erklärten Grundsätze.

Ob man für diese Einsicht auf das Institut des Verfassungsvorbehalts zurückgreifen muss, mag man hingegen mit guten Gründen bezweifeln. Denn bei der Frage, ob die Grundsätze des Art. 1 und 20 GG durch eine Verfassungsänderung „berührt“ werden, lässt sich den hier angestellten Erwägungen ohne weiteres Rechnung tragen. Eine Berührung setzte demnach nicht notwendigerweise eine inhaltliche Änderung voraus, sondern läge bereits dann vor, wenn der Grad der Verbindlichkeit der geschützten Grundsätze durch eine Verlagerung auf eine untergeordnete Normebene eingeschränkt wird.

### (6) Ergebnis

Einen Vorbehalt der Verfassung, dem sich – analog zu dem durch die Wesentlichkeitslehre konkretisierten Vorbehalt des Gesetzes – auch Anforderungen an die Regelungsdichte verfassungsrechtlicher Bestimmungen entnehmen ließen, kennt das Grundgesetz nicht. Zwar lässt sich aus der Änderungsfestigkeit des

<sup>188</sup> M. Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 Rn. 59 (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014); vgl. auch S. Augsberg, in: Kluth/Krings (Hrsg.) Gesetzgebung, 2014, § 28 Rn. 47 f.

<sup>189</sup> H. H. Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 144 Rn. 15 in Fn. 2 (Stand: 80. Erg.-Lfg. Juni 2017).

<sup>190</sup> Dazu K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2000, S. 1339.

<sup>191</sup> Begriff nach K.-E. Hain, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 57; in der Sache auch S. Blasche, Die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, 2006, S. 89; M. Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 Rn. 111 (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014); siehe ferner bereits oben § 5 IV 1 b) bb) (2).

Grundsatzes des Vorrangs der Verfassung ableiten, dass jedenfalls die in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Grundsätze auf Verfassungsebene geregelt werden müssen. Doch jenseits dieser Mindestregelungsgehalte des Grundgesetzes ergeben sich weder aus einem ungeschriebenen Grundsatz des Vorbehalts der Verfassung noch aus Art. 79 Abs. 3 GG Maßstäbe dafür, welche Fragen dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssen und daher auch nicht durch die Vagheit verfassungsrechtlicher Normen stillschweigend auf den einfachen Gesetzgeber delegiert werden dürfen. Der zuweilen behauptete Vorbehalt der Verfassung vermag die Unbestimmtheit grundgesetzlicher Normen daher nicht als ausgleichsbedürftiges Defizit auszuweisen.

*d) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung*

Verfassungsrechtliche Nachfragen provoziert die Unbestimmtheit materiell-rechtlicher Vorgaben schließlich auch im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung. Unbestimmte Rechtsvorgaben sind auf konkretisierende Ergänzungen angelegt, die die normsetzenden Instanzen gerade dadurch, dass sie sich mit der Uneindeutigkeit ihrer Vorentscheidungen begnügen, stillschweigend auf die rechtsanwendenden Stellen delegieren. Auch wenn man in Rechnung stellt, dass sich Rechtssetzung und Rechtsanwendung schon deshalb nicht streng separieren lassen, weil sie bei Lichte besehen lediglich unterschiedliche Stufen im Prozess kooperativer Rechtskonkretisierung bilden,<sup>192</sup> so führt die Unbestimmtheit der auf früheren Stufen getroffenen Vorentscheidungen doch dazu, dass die Konkretisierungslasten auf den folgenden Stufen zunehmen. Der Grundsatz der Gewaltenteilung steht dem indes nicht grundsätzlich entgegen. Weder für die Unbestimmtheit einfachgesetzlicher Normen (dazu lit. aa) noch für diejenige grundgesetzlicher Bestimmungen (dazu lit. bb) liefert er Maßstäbe, die über diejenigen von Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt hinausreichen.

*aa) Gewaltenteilungsgrundsatz als Maßstab für die Unbestimmtheit des einfachen Gesetzesrechts*

Dass die Unbestimmtheit normativer Vorgaben zu Aufgabenverschiebungen im System der Staatsgewalten führt, ist für die Ebene des einfachen Gesetzesrechts leicht zu erkennen: Sofern sich der Gesetzgeber auf die Normierung von Vorgaben beschränkt, die angesichts ihrer Uneindeutigkeit nach weiteren Konkretisierungen verlangen, verlagert sich die eigentlich ihm obliegende Aufgabe, die

---

<sup>192</sup> I. Appel, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (256 f.); M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 298 ff.; ders., in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 9 ff.; U. Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 171 ff. und öfter; O. Lepsius, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 (30); siehe auch C. Möllers, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 34.

abstrakt-generellen Handlungsmaßstäbe verbindlich zu formulieren,<sup>193</sup> auf die zweite oder dritte Gewalt.<sup>194</sup> Wo der Gesetzgeber schweigt, übernehmen Verwaltung oder Justiz *nolens volens* dessen Aufgabe, weil es ihnen überlassen bleibt, die erforderliche normative „Nachverdichtung“<sup>195</sup> zu besorgen.

Ob das mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung tatsächlich in Konflikt gerät, ist bei genauerer Analyse indes weit weniger klar, als es zunächst scheinen mag. So beruht die ausgehend von Art. 20 Abs. 2 GG entwickelte Gewaltenteilungsdogmatik zwar auf der idealtypischen Vorstellung, dass die Setzung abstrakt-genereller (Gesetzes-)Normen in den Aufgabenbereich der Legislative, deren Subsumtion und Vollziehung im Einzelfall hingegen in denjenigen der Exekutive fällt;<sup>196</sup> den Gerichten kommt schließlich typischerweise die Aufgabe zu, die für einen konkreten Einzelfall maßgebliche Rechtslage im Rahmen besonders geregelter Verfahren letztverbindlich zu klären.<sup>197</sup> Doch ist bei alledem unbestritten, dass das Grundgesetz diese Trennung keinesfalls rigoros einfordert, sondern für „Gewaltenverschränkungen und -balancierungen“<sup>198</sup> durchaus offen ist.<sup>199</sup> Eine Grenze sieht das Bundesverfassungsgericht erst dort erreicht, wo in den „Kernbereich“ einer der Gewalten eingegriffen wird oder eine Gewalt „ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere Gewalt“ erhält.<sup>200</sup> Welche genauen Aufgaben und Zuständigkeiten dem

<sup>193</sup> Vgl. zur entsprechenden Aufgabenbeschreibung der Legislative etwa *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. V Rn. 96 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022) und *R. Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwRI, 2. Aufl. 2012, § 8 Rn. 44; ähnlich BVerfGE 95, 1 (15): „Normsetzung“; 34, 53 (59): „politische Leitentscheidung“.

<sup>194</sup> *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 397; in diesem Sinne für die Rolle der Verwaltung auch *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 9; im Hinblick auf die Unbestimmtheit gesetzlicher Finalprogramme ebenso *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (300); *ders.*, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (637); siehe ferner *dens.*, NVwZ 1985, S. 865 (867); vgl. auch *W. Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (16 f.).

<sup>195</sup> Zur Spielraumausfüllung als „Verdichtungskompetenz“ siehe *F. Ossenbühl*, VVDStRL 39 (1981), S. 189 (190).

<sup>196</sup> BVerfGE 95, 1 (15 ff.); *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. V Rn. 96 f. (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); eingehend zu den idealtypischen Konzeptionen der unterschiedlichen Gewalten aus legitimationstheoretischer Perspektive *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 94 ff.; *ders.*, Die drei Gewalten, 2008, S. 95 ff., 100 ff., 107 ff.

<sup>197</sup> BVerfGE 103, 11 (138); *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. V Rn. 98 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *C. Möllers*, AöR 132 (2007), S. 493 (513).

<sup>198</sup> BVerfGE 34, 52 (59); 95, 1 (15).

<sup>199</sup> *U. Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 31 ff.; *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. V Rn. 101 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); exemplarischer Überblick über die bestehenden Verflechtungen bei *N. Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, 1970, S. 116 ff.

<sup>200</sup> BVerfGE 9, 268 (279); 22, 106 (111); 34, 52 (59); 95, 1 (15).

Kernbereich der jeweiligen Gewalten zuzuordnen sind, bleibt dabei indes offen.<sup>201</sup> Die Rechtsprechung bemüht sich, insofern Klarheit zu schaffen, indem sie betont, die grundgesetzliche Gewaltenteilung solle „sicherstellen, dass staatliche Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen für eine möglichst sachgerechte Entscheidung verfügen“.<sup>202</sup> Der Grundsatz der Gewaltenteilung gewinnt damit in teleologischer Hinsicht veränderte Züge: Mit den Kriterien der Funktionsgerechtigkeit und Organadäquanz tritt das Interesse an effizienter Entscheidungsallokation neben das klassische Anliegen, durch eine Teilung staatlicher Gewalt zu deren Mäßigung und Hemmung beizutragen.<sup>203</sup> Während der Aspekt der Funktionsgerechtigkeit insofern die Bedeutung betont, die den Charakteristika der zu erfüllenden Aufgabe für deren sinnvolle Zuordnung innerhalb der Staatsorganisation zukommt, lenkt das Kriterium der Organadäquanz den Blick darauf, ob ein Entscheidungsträger angesichts der ihm anhaftenden Eigenschaften dafür geeignet ist, die entsprechende Aufgabe zu erfüllen.<sup>204</sup>

Dass sich mit diesen Konkretisierungen mehr gewinnen lässt als eine kohärente Rekonstruktion der im Grundgesetz an anderer Stelle bereits enthaltenen Einzelausprägungen des Gewaltenteilungsdogmas, wird in der Literatur nicht selten bezweifelt.<sup>205</sup> Angesichts der Vielzahl theoretisch denkbarer Problem-

<sup>201</sup> Kritisch zur Kernbereichslehre, nicht nur wegen der diesbezüglichen Kriterienlosigkeit etwa *N. Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, 1970, S. 182 und S. 191 ff., insbes. 200 f.; *S. Baer*, Der Staat 40 (2001), S. 525 (527 f., 541); *H. D. Horn*, AöR 127 (2002), S. 427 (439 ff., 453 f.); *C. Möllers*, AöR 132 (2007), S. 493 (499 f.); *R. Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVWR I, 2. Aufl. 2012, § 8 Rn. 32 ff.; *G. Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, 1979, S. 23 ff.

<sup>202</sup> BVerfGE 139, 321 (362); siehe auch bereits zuvor BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (251 f.).

<sup>203</sup> *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. V Rn. 59 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022): „Gewaltengliederung [...] als Mittel zur Steigerung der Effizienz der staatlichen Aufgabenerledigung“; vgl. aber auch *A. Berger*, Die Ordnung der Aufgaben im Staat, 2016, S. 96, die die Forderung der Funktionsgerechtigkeit allgemeiner als „Garant von Rationalität“ versteht, Effektivität und Effizienz der Aufgabenwahrnehmung aber lediglich als mögliche, nicht als notwendige Elemente dieser Rationalitätsgarantie begreift; tendenziell kritisch zur Interpretation des Gewaltenteilungsgrundsatzes als Effizienzgarant *T. Wischmeyer*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 78 Rn. 41.

<sup>204</sup> *T. von Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, 1989, S. 47 f.; ausführlich zum Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur *ders.*, Der Staat 35 (1996), S. 329; meist wird zwischen Organadäquanz und Funktionsgerechtigkeit hingegen nicht unterschieden, siehe etwa *H. D. Horn*, AöR 127 (2002), S. 427 (448 in Fn. 102). Die Idee der Funktionsgerechtigkeit geht zurück auf *O. Küster*, AöR 75 (N.F. 36) (1949), S. 397 (402 f., 404 ff.); ebenfalls früh bereits *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl. 1967, S. 182 f.

<sup>205</sup> Die Diskussion kreist insofern um die Frage, ob der Grundsatz der Gewaltenteilung sich im Sinne eines summativen Konzepts in dessen geschriebenen Einzelausprägungen erschöpft (in diese Richtung etwa *G. Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, 1979, S. 324 ff. sowie *H. D. Horn*, AöR 127 (2002), S. 427 [455 ff.]) oder im Sinne eines integralen

konstellationen dürfte die Frage in dieser Abstraktheit schwerlich zu beantworten sein. Doch jedenfalls für die verfassungsrechtliche Bewertung gesetzlicher Vorgaben, deren unbestimmtheitsbedingte Uneindeutigkeit dazu führt, dass sich Entscheidungslasten von der Legislative auf Verwaltung oder Justiz verlagern, liefert der Gewaltenteilungsgrundsatz keine ergänzenden Maßstäbe. Vielmehr geht er insofern in den Vorgaben auf, die sich bereits aus Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeitslehre ergeben. Seinen Grund hat das darin, dass die Abwägungen, die über das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß gesetzlicher Bestimmtheit und über die grundgesetzlich unabdingbare Reglungsdichte legislativer Vorgaben entscheiden,<sup>206</sup> gerade auch den Faktoren Rechnung tragen, die unter den Stichworten der Funktionsgerechtigkeit und der Organadäquanz Beachtung verlangen: die Dynamik des zu regelnden Sachbereichs, die Vielgestaltigkeit der zu entscheidenden Fallkonstellationen, die Notwendigkeit der Einbeziehung von Sachverstand oder etwa die Fähigkeit zur Vermittlung demokratischer Legitimation.<sup>207</sup> Neben dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz und dem auch demokratisch motivierten Vorbehalt des Gesetzes entfaltet der Grundsatz der Gewaltenteilung daher insofern keine eigenständige normative Bedeutung. Selbst Stimmen, die für ein integrales Verständnis von Gewaltenteilung plädieren und sich dagegen wehren, das Gewaltenteilungsprinzip auf seine grundgesetzlichen Einzelausprägungen zu reduzieren, sehen das nicht anders. Ja, zuweilen sind sogar sie es, die zu Recht betonen, dass gerade die Perspektive der Gewaltenteilung es erfordern kann, die bewusste Delegationsentscheidung der Gesetzgebungsorgane zu respektieren, die mit offenen gesetzlichen Normen einhergeht.<sup>208</sup>

Im Verhältnis zur Rechtsprechung stellt sich das kaum anders dar. Zwar mag unklar sein, inwiefern der Vorbehalt des Gesetzes auch hier Anwendung findet,<sup>209</sup> doch wird die Gewaltenteilungsdimension unbestimmter Gesetzesvorgaben durch die rechtsstaatliche Forderung nach hinreichender Normbestimmtheit restlos absorbiert. Wie oben gesehen, besteht die Minimalforderung des Bestimmtheitsgrundsatzes in dem Anspruch, der Inhalt gesetzlicher Vorgaben müsse bestimmbar sein.<sup>210</sup> Erst dann, wenn die Unbestimmtheit gesetzlicher Vorgaben es den Gerichten unmöglich macht, ihnen im Einzelfall unter

---

Verständnisses einen über diese Einzelausprägungen hinausgehenden Gehalt besitzt (dafür etwa *C. Möllers*, AöR 132 [2007], S. 493 [495 f.]; *R. Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], GVwRI, 2. Aufl. 2012, § 8 Rn. 31; mit Einschränkungen wohl auch *A. von Arnould*, ZParl 32 [2001], S. 678 [686]: „nur mit Vorbehalt“).

<sup>206</sup> Zur Abwägungsstruktur von Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt bereits oben § 5 IV 1 b) aa), IV 1 c) aa) (2).

<sup>207</sup> Zur Bedeutung der beiden letztgenannten Kriterien im Rahmen des Grundsatzes der Funktionsgerechtigkeit etwa *T. von Danwitz*, Der Staat 35 (1996), S. 329 (340 ff., insbes. 345).

<sup>208</sup> *C. Möllers*, AöR 132 (2007), S. 493 (523 f.).

<sup>209</sup> Siehe dazu bereits die Nachweise oben in Fn. 162.

<sup>210</sup> Siehe erneut *H.-J. Papier/J. Möller*, AöR 122 (1997), S. 177 (189 ff.).

ausschließlicher Zuhilfenahme der anerkannten juristischen Methoden eine rechtliche Bewertung zu entnehmen, ist diese Grenze unterschritten.<sup>211</sup> Mit der Rückbindung an die rechtliche Methodik sichert der Bestimmtheitsgrundsatz aber zugleich, dass die Rechtsprechung das für sie auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung zentrale Merkmal nicht verfehlt: Die verbindliche Entscheidung von Einzelfällen, und zwar gerade nach Maßstäben des Rechts. Dass der gerichtlichen Normkonkretisierung nicht nur, aber gerade auch dann, wenn die gesetzlichen Vorgaben vage bleiben, durchaus eigene Rechtserzeugungsleistungen inhärent sind,<sup>212</sup> wird damit keinesfalls geleugnet. Doch besteht das Proprium judikativer Rechtserzeugung darin, dass sie an rechtlichen Maßstäben und Methoden orientiert bleibt.<sup>213</sup> Dass eben das möglich bleibt, sichert der Bestimmtheitsgrundsatz ab. Dem Grundsatz der Gewaltenteilung kommt neben ihm daher insofern keine eigenständige Bedeutung mehr zu.

*bb) Gewaltenteilungsgrundsatz als Maßstab für die Unbestimmtheit des Verfassungsrechts*

Für den Versuch, die Unbestimmtheit verfassungsrechtlicher Normen am Maßstab des Gewaltenteilungsgrundsatzes zu beurteilen, treten weitere – im Lichte der obigen Betrachtungen bereits bekannte – Schwierigkeiten hinzu. Zwar ist angesichts der klaren Forderung nach „besondere[n] Organe[n] der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG unbestritten, dass im Grundsatz auch die Gewaltenteilung zum änderungsfesten Gehalt des Grundgesetzes zählt.<sup>214</sup> Der beschränkte Anwendungsbereich des Art. 79 Abs. 3 GG führt indes auch hier zu dem bereits mehrfach erwähnten Vorbehalt: Da sich Art. 79 Abs. 3 GG lediglich auf Verfassungsänderungen bezieht und im Hinblick auf die Normen der grundgesetzlichen Ursprungsfassung demgegenüber die Vermutung greift, dass der Verfassungsgeber keine Bestimmungen setzen wollte, die mit den von ihm für änderungsfest erklärten Vorgaben in Konflikt geraten, entfaltet der änderungsfeste Kern des Gewalten-

<sup>211</sup> BVerfGE 17, 67 (82); 83, 130 (145); 90, 1 (17); ebenso BayVerfGH Entsch. v. 22.11.1996, Vf. 9-VII-93 – juris, Rn. 39.

<sup>212</sup> Allgemein dazu *M. Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 49f.; sowie grundlegend zur Rechtserzeugungsfunktion der Gerichte *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 82f.; *ders.*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 242 ff., insbes. 250, 260.

<sup>213</sup> *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 95f.; siehe auch *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (534 ff.).

<sup>214</sup> *H. Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III Rn. 50; *K.-E. Hain*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 105; *M. Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 Rn. 145 ff. (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014); *C. Vismann*, in: Denninger/Hofmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 79 Rn. 60 (Stand: August 2002); *D. Zacharias*, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 57 (92).

teilungsgrundsatzes seine Maßstabswirkung ebenfalls nur im Verhältnis zu Verfassungsänderungen.<sup>215</sup> Die Unbestimmtheit von Verfassungsbestimmungen, die bereits in der ursprünglichen Fassung des Grundgesetzes enthalten waren, lässt er unberührt.

Hinzukommt, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung die Unbestimmtheit verfassungsrechtlicher Normen vor allem deshalb als Problem wahrnimmt, weil sie gesetzgeberische Spielräume produziert, die der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt zugänglich sind. In der Sache nimmt die Verfassungsgerichtsbarkeit damit daran Anstoß, dass die Offenheit der normativen Vorentscheidungen des Verfassungsgebers Rechtsetzungsaufgaben auf den einfachen Gesetzgeber verlagert und diesem angesichts der geringeren Bindungsdichte nun einen größeren Anteil an der kooperativen Rechtskonkretisierung zuweist. Der Grundsatz der Gewaltenteilung bietet gegen diese Verschiebungen im System der Rechtsproduktion indes schon deshalb keine Handhabe, weil er einzig das Verhältnis von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung betrifft, zur Beziehung von verfassungsgebender Gewalt einerseits und verfassungsrechtlich konstituierter Gesetzgebungsgewalt andererseits aber schweigt.

### cc) Ergebnis

Der Gewaltenteilungsgrundsatz, so lässt sich demnach festhalten, vermag weder die Unbestimmtheit gesetzlicher noch diejenige verfassungsrechtlicher Normen als ausgleichsbedürftiges Defizit auszuweisen. Die Kompensationsthese lässt sich auf ihn nicht stützen.

## 2. Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte

Die These, dass das materielle Recht Schwächen aufweise, die durch ergänzende Verfahrensanforderungen auszugleichen seien, knüpft neben der Unbestimmtheit des Rechts vor allem an Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte an. Wo Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung oder der Gesetzgebungsorgane den Umfang der gerichtlichen Kontrolle beschränkten, müsse dies, so die verbreitete Logik, durch prozedurale Anforderungen ausgeglichen werden.<sup>216</sup> Ob der damit diagnostizierte Kompensationsbedarf aus rechtlicher Perspektive tatsächlich besteht, wird dabei allerdings kaum je hinterfragt. Das gilt es nachzuholen. Die folgenden Überlegungen nehmen sich daher der Frage an, ob und inwiefern administrative Letztentscheidungsbefugnisse und legislative Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume gerade im Lichte rechtlicher Maß-

<sup>215</sup> Siehe oben § 5 II 2 c) aa).

<sup>216</sup> Siehe dazu nur die Zusammenfassung der Ergebnisse oben § 3 IV 8, V 6 sowie für das Verfassungsrecht bereits § 1 II.

stäbe nach einer Kompensation verlangen. Ausgehend von einer Rekapitulation der unterschiedlichen Erscheinungsformen, in denen Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung bzw. der Gesetzgebungsorgane begegnen (dazu lit. a), werfen sie dazu einen Blick auf die verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien, die sich aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG (dazu lit. b) sowie der Verfahrensdimension der Grundrechte (dazu lit. c) ergeben.

### a) Erscheinungsformen

#### aa) Administrative Letztentscheidungsbefugnisse

Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung begegnen der tradierten Lehre nach in – meist drei – unterschiedlichen Formen, deren strukturelle Gemeinsamkeiten allerdings schon seit Langem den kaum noch zu überhörenden Ruf danach laut werden lassen, die kategorische Trennung aufzugeben und die bisherige Typologie in einer einheitlichen Kategorie eines allgemeinen Verwaltungsermessens oder eines administrativen Entscheidungsfreiraums zusammenzuführen.<sup>217</sup>

#### (1) Klassische Dichotomie: Ermessen vs. Beurteilungsspielraum

Mit der sog. Trennungsthese, die ausgehend von einigen einflussreichen Beiträgen der 1950er Jahre verbreitet Anerkennung gefunden hat,<sup>218</sup> unterteilt die klassische deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft administrative Entscheidungsspielräume bekanntermaßen in zwei Kategorien: in Ermessensspielräume einerseits und Beurteilungsspielräume andererseits. Während erstere immer dann entstehen, wenn eine Norm der Verwaltung die Auswahl zwischen mehreren Verhaltensalternativen eröffnet,<sup>219</sup> begegnen zweitens dort, wo das Gesetz

<sup>217</sup> Für eine solche einheitliche Kategorie etwa *R. Brinktrine*, Verwaltungsermessens in Deutschland und England, 1998, S. 554 ff.; *J. Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 43 ff. mit Ergebnis auf S. 147; *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 31 ff.; *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (409); *E. Schmidt-Aßmann*, VVDStRL 34 (1976), S. 221 (251 ff.); *R. Scholz*, VVDStRL 34 (1976), S. 145 (167); *M. Wendel*, Verwaltungsermessens als Mehrebenenproblem, 2019, S. 28; ausführlich zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen auch *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 108 ff.

<sup>218</sup> Maßgeblich insofern etwa die Beiträge von *Hermann Reuss* (DVBl. 1953, S. 585 und DVBl. 1953, S. 649), *Otto Bachof* (JZ 1955, S. 97) und *Carl H. Ule* (in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 309); im Anschluss an diese auch deutlich *K. Obermayer*, NJW 1963, S. 1177 (1177 f.); zur Entwicklung im Überblick *M. Bullinger*, JZ 1984, S. 1001 (1002 ff.); *M. Wendel*, Verwaltungsermessens als Mehrebenenproblem, 2019, S. 17 ff.

<sup>219</sup> Vgl. für eine entsprechende Ermessensdefinition etwa *F. Schoch*, JURA 2004, S. 462 (462); siehe auch *M.-E. Geis*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 40 VwVfG Rn. 18 (Stand: 3. Erg.-Lfg. August 2022): „gesetzlich eingeräumte Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren Rechtsfolgen“ sowie (ablehnend) *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 71: „Alternativenwahl auf der Rechtsfol-



die letztverbindliche Subsumtion des Sachverhalts unter einen unbestimmten Rechtsbegriff nicht den Gerichten, sondern den zur Anwendung der entsprechenden Bestimmungen berufenen Behörden anvertraut.<sup>220</sup> In der Struktur rechtlicher Konditionalprogramme betreffen Ermessensspielräume folglich die Rechtsfolgende; Beurteilungsspielräume werden demgegenüber klassischerweise im Tatbestand der Norm verortet.<sup>221</sup> Dass beide derart strikt voneinander zu trennen sein sollen, geht indes nicht nur, ja nicht einmal in erster Linie, darauf zurück, dass sie ihren Platz auf unterschiedlichen Seiten des Wenn-Dann-Schemas konditionaler Normen finden. Vielmehr liegt ein nicht weniger entscheidender Grund für die kategorische Unterscheidung von Ermessen und Beurteilungsspielraum schon nach traditioneller Auffassung darin, dass die Verwaltung in Ermessensspielräumen eine eigene *Willensentscheidung* treffen muss (volitives Ermessen), im Falle von Beurteilungsspielräumen hingegen lediglich das Privileg genießt, abschließend über das *Erkenntnisproblem* befinden zu dürfen, welche Subsumtionsentscheidung die richtige – und zwar die einzig richtige – ist (kognitives Ermessen).<sup>222</sup>

(2) *Erweiterungen: Planungs- und Regulierungsermessen*

Freilich deckt – das bezweifelt heute niemand mehr – die Dichotomie von Rechtsfolgeermessen und Beurteilungsspielraum das Feld administrativer Letztentscheidungsbefugnisse nicht restlos ab. Angesichts ihrer Fokussierung auf konditional strukturierte Rechtsnormen stößt sie etwa dort an Grenzen, wo das Gesetz die Verwaltung mithilfe final strukturierter Normprogramme steu-

---

genseite“; siehe auch *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 23; tendenziell kritisch dazu aber *K.-U. Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 114 VwGO Rn. 15 (Stand: 36. Erg.-Lfg. Februar 2019).

<sup>220</sup> Auch im Fall von Beurteilungsspielräumen besteht im Hinblick auf Tatsachenfeststellung und Normauslegung hingegen kein Letztentscheidungsrecht der Behörde, siehe dazu *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 41 ff.; *ders.*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, 2022, § 77 Rn. 41; *H.-J. Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 74 f.

<sup>221</sup> *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 34; *F. Schoch*, JURA 2004, S. 612 (614 f.); die klassische Lehre entsprechend wiedergebend auch *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 12; *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (406); *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 18.

<sup>222</sup> Vgl. dazu *O. Bachof*, JZ 1955, S. 97 (98); *D. Jesch*, AöR 82 (N.F. 43) (1957), S. 163 (233 f.); *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 22; *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 19; deutlich auch *F. Schoch*, JURA 2004, S. 612 (614): „Die Auslegung, (Maßstabs-)Konkretisierung und Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs im Einzelfall stellt zunächst ein *Erkenntnisproblem* dar.“ (Hervorhebung im Original); ebenso *C. Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 138 f.; in der Sache rekurren auch *J. Buchheim/C. Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 46 Rn. 116, 118 auf diese Unterscheidung.

ert,<sup>223</sup> ihr also kein konkretes Verhalten abverlangt, sondern lediglich zu erreichende Handlungsziele vorgibt.<sup>224</sup> Vor allem aus dem Planungsrecht sind derartige Finalprogramme nicht wegzudenken.<sup>225</sup> Entscheidungsspielräume der Verwaltung sind aber gerade ihnen wesensmäßig eingeschrieben, weil sie die Verwaltung mit der Aufgabe betrauen, widerstreitende Zielvorgaben und Belange im Einzelfall aufeinander abzustimmen, und ihr abverlangen, aus möglicherweise mehreren zur Erreichung der gesetzlich vorgegebenen Ziele geeigneten Mitteln eines auszuwählen.<sup>226</sup> In die Unterscheidung von rechtsfolgeseitig-volitivem Ermessen und tatbestandlich-kognitiven Beurteilungsspielräumen fügen sich diese Spielräume indes nicht bruchlos ein.<sup>227</sup> Die Folge: Der Zweiklang behördlicher Entscheidungsspielräume erweitert sich zum Akkord und als weitere Kategorie tritt der sog. planerische Gestaltungsspielraum – oftmals auch als Planungsermessen bezeichnet – neben die beiden klassischen Formen administrativer Letztentscheidungsbefugnisse.<sup>228</sup> Er bezeichnet den Freiraum, den die Verwaltung im Rahmen finaler Normprogramme bei der einzelfallbezogenen Mittelwahl und Zielabwägung genießt.

Und auch die jüngste Erscheinung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, das sog. Regulierungsermessen, erinnert seiner Konzeption nach zwar in mancherlei Hinsicht an das Planungsermessen.<sup>229</sup> Doch unterscheidet es sich

<sup>223</sup> R. Scholz, VVDStRL 34 (1976), S. 145 (165 f.).

<sup>224</sup> Zur Unterscheidung von konditionaler und finaler Steuerung etwa R. Breuer, AöR 127 (2002), S. 523 (525 ff.); C. Franzius, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 9 ff.; aus (entwicklung-)geschichtlicher Perspektive auch C. F. Fonk, DVBl. 2010, S. 626 (insbes. 627 f.).

<sup>225</sup> Siehe nur W. Hoppe, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 77 Rn. 22; ders., DVBl. 1974, S. 641 (642).

<sup>226</sup> Vor allem die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung leitet die mit dem Planungsermessen verbundenen Spielräume der Verwaltung gegenüber den Gerichten denn auch aus der Abwägungsaufgabe bzw. aus dem Planungscharakter selbst ab, siehe BVerwGE 34, 301; 48, 56 (59); P. Badura, in: Festschrift 25 Jahre Bayerischer Verfassungsgerichtshof, 1972, S. 157 (173 f.); E. Schmidt-Aßmann, in: Festschrift für O. Schlichter, 1995, S. 3 (11 f.); siehe auch J. Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 46 f., der diesen Schluss für „ganz überwiegend akzeptiert“ hält; ebenso auch J. Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 31, nach dem „Einigkeit darüber [besteht], dass der Verwaltung bei der Wahrnehmung von Planungsaufgaben Spielräume zukommen müssen“.

<sup>227</sup> P. Badura, in: Festschrift 25 Jahre Bayerischer Verfassungsgerichtshof, 1972, S. 157 (174); M. Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 20; M. Wendel, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 22; Abgrenzung zum klassischen Rechtsfolgeermessen auch bei W. Hoppe, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 77 Rn. 21.

<sup>228</sup> Ausführlich zum Planungsermessen J. Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 45 ff.; E. Gassner, Methoden und Maßstäbe für die planerische Abwägung, 1993, S. 16 ff.; R. Rubel, Planungsermessen, 1982.

<sup>229</sup> M. Wendel, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 23; das BVerwG lehnt sich bei der Behandlung des Regulierungsermessens ausdrücklich an das Planungsermessen an, siehe BVerwGE 131, 41 (62, 72 f.); dazu T. Mayen, in: Festschrift für H.-J. Koch, 2014, S. 131 (134): „Sonderfall des Planungsermessens“; siehe im Hinblick auf die Abwägungs-

von diesem insofern, als es unbestimmte Rechtsbegriffe, Abwägungsstrukturen und Ermessensermächtigungen derart miteinander vermengt, dass innerhalb des als einheitlich verstandenen Regulierungsermessens – anders als im Rahmen planungsrechtlicher Abwägungen – auch die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe nur noch eingeschränkt überprüft werden kann. Das BVerwG charakterisiert das Regulierungsermessen insofern als „umfassenden Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum“,<sup>230</sup> der die Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge „überspielt“<sup>231</sup> und sich angesichts dessen ebenfalls jenseits von Beurteilungsspielraum und Ermessensausübung bewegt.<sup>232</sup>

### (3) *Kritik und Einheitsthese*

Für die Verarbeitung unbekannter Konstellationen kommt die nachlaufende Typisierung immer neuer Fallgruppen indes stets einen Schritt zu spät. Sie vermag den Kanon administrativer Letztentscheidungsbefugnisse lediglich rückblickend zu erweitern, bietet für den Ernst-, weil Erstfall aber gerade deshalb kaum Orientierung.<sup>233</sup> Enttäuscht über diesen Befund, erscheint der an Fallgruppen orientierte Zugang der Trennungsthese vielen schon seit Langem als allenfalls zweitbeste Option, die den Blick auf die gemeinsamen Grundstrukturen der vermeintlich disparaten Kategorien behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse unnötigerweise versperert. Die ausdifferenzierte Typologie diskretionären Verwaltungshandelns sei, so das vielfach geteilte Plädoyer, durch einen „einheitlichen Begriff des Verwaltungsermessens bzw. des administrativen Entscheidungsspielraums“<sup>234</sup> zu ersetzen – zum einen, weil die stark typenbezogene Analyse Nachteile für die dogmatische Anschlussfähigkeit und Aussagekraft der Spielraumdogmatik mit sich bringt (dazu lit. [a]), und zum anderen, weil schon die zugrundeliegende kategoriale Unterscheidung zwischen Beurteilungsspielraum und (Rechtsfolge-)Ermessen bei genauerer Betrachtung nicht überzeugt (dazu lit. [b]).

#### (a) *Anschlussfähigkeit und Aussagekraft typenbasierter Analyse*

Zu den weniger gewichtigen, aber keinesfalls weniger zutreffenden Einwänden zählt es dabei, dass die strikte Differenzierung unterschiedlicher Kategorien

---

dogmatik auch *ders.*, NVwZ 2008, S. 835 (836 ff.); vgl. ferner *A. Proelß*, AöR 136 (2011), S. 402 (425): der im Hinblick auf die finale Normstruktur „eine gewisse Verwandtschaft“ von Regulierungs- und Planungsermessen ausmacht.

<sup>230</sup> BVerwG, NVwZ 2014, 1034 (1036); BVerwGE 130, 39 (48).

<sup>231</sup> *J. Kersten*, Die Verwaltung 46 (2013), S. 87 (93).

<sup>232</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 113 f.; *T. Mayen*, in: Festschrift für H.-J. Koch, 2014, S. 131 (136 f.).

<sup>233</sup> Insofern kritisch etwa *M. Eifert*, ZJS 2008, S. 336 (336) und ihm folgend *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 23, 28.

<sup>234</sup> *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 28.

administrativer Letztentscheidungsbefugnisse im rechtsvergleichenden Zugriff keine Parallele findet und insofern die Anschlussfähigkeit an die internationalen, vor allem europäischen und unionsrechtlichen Debatten erschwert.<sup>235</sup> Und auch von der Dogmatik legislativer und judikativer Spielräume droht sich die verwaltungsrechtliche Diskussion zu entkoppeln, weil deren fallgruppenbezogenes Denken in der legislativen und judikativen Spielraumdogmatik bislang allenfalls in Ansätzen Fuß gefasst hat.<sup>236</sup> Dass die klassische Dichotomie von Beurteilungsspielraum und (Rechtsfolge-)Ermessen zudem selbst für den begrenzten Bereich des deutschen Verwaltungsrechts erhebliche Schwierigkeiten damit hat, das Phänomen der Spielraumentscheidung in all seinen relevanten Erscheinungsformen zu integrieren, wiegt – wie der obige Blick auf Planungs- und Regulierungsermessen belegt – angesichts dessen besonders schwer.

*(b) Schwächen der kategorialen Unterscheidung zwischen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen*

Wäre die typisierende Analyse alternativlos, wären all diese Nachteile freilich hinzunehmen. Doch – und hierin liegt das argumentative Pfund der Kritik – das ist sie nicht. Vielmehr beruht die Trennungsthese auf der unzutreffenden Grundannahme, zwischen unbestimmten Gesetzesbegriffen mit Beurteilungsspielräumen einerseits und Ermessensermächtigungen andererseits bestünden derart prinzipielle Unterschiede, dass an einer dogmatischen Differenzierung kein Weg vorbeiführe. Indes hat schon die rechtspositivistische Wiener Schule gegen diese kategoriale Unterscheidung zu Recht daran erinnert, dass die vermeintlich zu unterscheidenden Spielraumkonstellationen aus rechtstheoretischer Sicht eine gemeinsamen Ursache haben: Sie entstehen, weil der abstrakte Rechtssatz die konkrete (Verwaltungs-)Entscheidung nicht vollständig vorwegnimmt und die behördliche Entscheidung daher nie nur das Produkt heteronomer Gesetzesdetermination darstellt, sondern immer auch einen Akt autonomer Rechtskonkretisierung enthält, in dem sich die Behörde selbst programmiert.<sup>237</sup> Oder anders formuliert: Im Stufenbau der Rechtsordnung gehen die erzeugten Rechtsakte nie ganz in ihren normativen Erzeugungsbedingungen auf.<sup>238</sup> Spielraumentscheidungen bilden im Lichte der positivistischen Rechts-

<sup>235</sup> M. Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 32; J. Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 67f.; siehe auch M. Ludwigs, JZ 2009, S. 290 (293).

<sup>236</sup> M. Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 21; angesichts rechtsstruktureller Parallelen für eine stärkere dogmatische Anbindung auch T. Elsner, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, 2011, S. 232ff.

<sup>237</sup> H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, S. 507; A. J. Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 141ff.; vgl. auch A. Verdross, ÖZöR 1 (1914), S. 616 (629f., 638); instruktiv zum Ganzen T. Elsner, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, 2011, S. 113ff., 118ff.

<sup>238</sup> H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 91; ders., Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960,

gewinnungstheorie daher die Regel, nicht die Ausnahme. Lediglich das Ausmaß des Entscheidungsspielraums variiert, weil das Verhältnis von Fremd- und Selbstdetermination auf den unterschiedlichen Stufen der Rechtserzeugung nicht von vornherein feststeht, sondern erst durch das positive Recht der jeweils übergeordneten Stufe bestimmt wird. Auch die Unterschiede, die zwischen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen, ja selbst zwischen gebundener und diskretionärer Verwaltung bestehen mögen, sind aus rechtstheoretischer Perspektive daher allenfalls gradueller, keinesfalls aber kategorialer Natur.<sup>239</sup> In struktureller Hinsicht eint Beurteilungs- und Ermessensspielräume daher mehr als sie trennt: Sie kennzeichnen Konstellationen, in denen die rechtserzeugende, normergänzende Funktion der rechtsanwendenden Stellen gerade deshalb besonders klar hervortritt, weil das für diese bindende Recht deren Entscheidungen erkennbar nicht abschließend determiniert.

Nicht zu halten ist im Lichte dieser rechtsgewinnungstheoretischen Analyse zweitens auch die These, Beurteilungsspielräume und Rechtsfolgeermessen seien deshalb zu differenzieren, weil erstere auf das epistemische Problem reagieren, die einzig richtige Entscheidung zu erkennen, während im Falle zweiterer schon das Gesetz deutlich mache, dass es eine solche nicht gebe und sich die Aufgabe der Ausfüllung von Ermessensspielräumen folglich als reines Volitionsproblem darstelle.<sup>240</sup> Denn für die Vorstellung einer einzig richtigen Entscheidung bleibt in diesem Modell schon deshalb kein Raum, weil die im Stufenbau der Rechtsordnung bedingten Entscheidungen an der Rechtserzeugung erst dort Anteil nehmen, wo sie durch die sie bedingenden Normen nicht mehr determiniert sind. Schon definitionsgemäß fehlt es innerhalb des Rahmens übergeordneter Rechtsvorgaben daher an rechtlichen Maßstäben, die über die Richtigkeit der bedingten Entscheidung Auskunft geben könnten. Die Ausfüllung von Beurteilungsspielräumen ist angesichts dessen nicht weniger volitiv als die Ausübung von Ermessensermächtigungen.<sup>241</sup> Jene einzig auf die Ungewissheit über die richtige Entscheidung zurückzuführen, verfängt daher nicht.

Dass die Trennungsthese die Unterschiede zwischen den von ihr separierten Konstellationen demnach überschätzt, lässt sich drittens auch daran gut erkennen, dass sich vermeintliche Ermessensermächtigungen bei logisch-semantischer Analyse nicht von unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielräumen unterscheiden. Beide, so haben vor allem *Walter Schmidt* und *Hans-Joachim Koch* nachgewiesen, stellen sich in logisch-semantischer Hinsicht als

S. 241, 347; *A. J. Merkl*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Bd. 1, 1968, S. 1091 (1110); *A. Verdross*, *ÖZöR* 1 (1914), S. 616 (633 f., 637).

<sup>239</sup> *H. Kelsen*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl. 1923, S. 507; *A. Merkl*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, S. 142 f.

<sup>240</sup> Siehe zur Unterscheidung von kognitivem Tatbestands- und volitivem Rechtsfolgeermessen bereits die Nachweise in Fn. 222.

<sup>241</sup> *J. Gerlach*, *Entscheidungsspielräume der Verwaltung*, 2018, S. 101 ff., insbes. 103, 106; ähnlich auch *M. Wendel*, *Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem*, 2019, S. 28.

Befugnisse zur Tatbestandsergänzung dar.<sup>242</sup> Nicht selten lassen sich Ermessensermächtigungen daher ohne größere Mühe in unbestimmte Rechtsbegriffe auf Tatbestandsebene – und damit in gebundene Entscheidungen – umformulieren.<sup>243</sup> Beurteilungs- und Ermessensspielräume gewinnen im Lichte dessen eher den Charakter austauschbarer Darstellungs- als den Status kategorial verschiedener Entscheidungsformen.<sup>244</sup>

Viertens steht die theoretische Strenge, mit der unterschiedliche administrative Entscheidungsspielräume voneinander zu differenzieren versucht werden, in seltsamem Kontrast dazu, dass sich die Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle in allen Fällen administrativer Letztentscheidungsbefugnisse stark ähneln.<sup>245</sup> In einer Art Abwägungskontrolle konzentrieren sich die Gerichte sowohl bei der Überprüfung von Beurteilungsspielräumen als auch bei der Ermessenskontrolle auf vier gemeinsame Punkte:<sup>246</sup> Hat die Verwaltung ihre Letztentscheidungsbefugnis überhaupt (bewusst) ausgeübt? Beruht sie auf einer zutreffenden Entscheidungsgrundlage? Wurden die gesetzlichen Vorgaben für die Wahrneh-

<sup>242</sup> Grundlegend *W. Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, S. 156 f. und *H.-J. Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 172 ff.; ebenso *M. Fehling*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 461 (475); *R. Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 57; *M. Herdegen*, JZ 1991, S. 747 (748 f.); *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 17, 20; *M. Ludwigs*, JZ 2009, S. 290 (292); *ders.*, DÖV 2020, S. 405 (408); *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (529); ferner *J. Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 56 f. m. w. Nachw. Für das Ermessen aus jüngerer Zeit ebenso *J. v. Achenbach*, DVBl. 2023, S. 965 (966): „Instrument der gesetzesergänzenden administrativen Rechtsetzung“, die betont, dass das Ermessen aufgrund dieser gesetzesergänzenden Funktion nicht allein als Mittel zur Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit verstanden werden darf, sondern seine Ausübung auch an der rechtsstaatlich-gleichheitsrechtlichen Bindung der Verwaltung zu messen ist.

<sup>243</sup> Für eine wechselseitige Austauschbarkeit etwa *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 17; *H. H. Lohmann*, Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, 1972, S. 83; *W.-R. Schenke*, JZ 1988, S. 317 (323); *G. F. Schuppert*, DVBl. 1988, S. 1191 (1199); einschränkend aber *H.-J. Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 177 f.; ablehnend *R. Rieger*, Ermessen und innerdienstliche Weisung, 1991, S. 78 ff.; *J. Schmidt-Salzer*, VerwArch 60 (1969), S. 261 (274 f.).

<sup>244</sup> *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 32: „beide Normierungsvarianten [unterscheiden sich] also lediglich in ihrer dogmatischen Außenverkleidung“; ebenso *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 17; in diese Richtung auch *W. Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 93: „Die von der h. M. unterschiedenen beiden Typen der Anerkennung einer Rechtsmacht zur letztverbindlichen Optionenwahl [...] lassen sich schon theoretisch kaum, jedenfalls aber rechtspraktisch nicht unterscheiden.“

<sup>245</sup> Zur Einheitlichkeit der Kontrollmaßstäbe *M. Eifert*, ZJS 2008, S. 336 (341 ff.); *M. Ludwigs*, JZ 2009, S. 290 (293); *ders.*, DÖV 2020, S. 405 (408); *G. F. Schuppert*, DVBl. 1988, S. 1191 (1199 f.); siehe ferner *J. Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 139 ff.

<sup>246</sup> *M. Eifert*, ZJS 2008, S. 336 (342 f.); *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (408 f.); vgl. auch *M. Herdegen*, JZ 1991, S. 747 (750 f.).

mung der Letztentscheidungsbefugnis beachtet? Und hält sich die Entscheidung im Rahmen höherrangigen Rechts?

Der Versuch, Beurteilungs- und Ermessensspielräume kategorial zu unterscheiden, gelingt der Trennungsthese fünftens aber auch deshalb nicht in überzeugender Weise, weil sie den unbestimmten Rechtsbegriff insofern zur zentralen Kategorie erhebt.<sup>247</sup> Gerade die Anknüpfung an unbestimmte Rechtsbegriffe soll das Spezifikum verwaltungsrechtlicher Beurteilungsspielräume bilden und damit die Abgrenzung zum (Rechtsfolge-)Ermessen leisten. Die Abgrenzungsleistung des unbestimmten Rechtsbegriffs leidet indes schon dadurch erheblich, dass Rechtsbegriffe, zumal solche, die in abstrakt-generellen Normen Verwendung finden,<sup>248</sup> stets ein gewisses Maß an Unbestimmtheit aufweisen.<sup>249</sup> Den bestimmten Rechtsbegriff als potentielle Gegenkategorie kennt die Dogmatik denn auch nicht.<sup>250</sup> Anders als die klassische Trennungslehre anzunehmen scheint, begegnen unbestimmte Rechtsbegriffe zudem keinesfalls nur auf der Tatbestandsseite rechtlicher Normen, sondern durchaus auch bei der Anordnung von Rechtsfolgen.<sup>251</sup> Mit dem Beurteilungsspielraum haben sie, wie *Matthias Jestaedt* pointiert folgert, daher „nicht mehr [...] zu tun als mit dem Ermessen“.<sup>252</sup> Vor allem aber beschreibt die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs einzig die Schwierigkeit, Art und Umfang der normativen Fremdprogrammierung zu identifizieren, und betrifft damit zunächst lediglich das Problem, die Bedeutung eines Rechtssatzes zu erkennen, dessen sprachliche Fassung insofern unklar bleibt. Auf die damit angesprochene Frage der Norminterpretation aber beziehen sich Beurteilungsspielräume unbestrittenermaßen überhaupt nicht.<sup>253</sup> Zum Tragen kommen sie lediglich auf der Ebene der Normkonkretisierung, also bei der wertenden Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter die ausgelegten Normbegriffe (Konkretisierungsebene) und der sich daran anschließenden Frage, ob die Gerichte befugt sind, die behördliche Subsumtionsentscheidung durch eine eigene Wertung zu ersetzen (Kontrollebene). Beide

<sup>247</sup> *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 22, 28; vgl. auch *C. Thiemann*, in: Liber Amicorum für D. Ehlers, 2015, S. 257 (258f.): „Die Kategorie des ‚Unbestimmten‘ [...] ermöglicht [...] nicht die Anknüpfung konkreter dogmatischer Folgerungen.“

<sup>248</sup> Zu konkret-individuellen Regelungen als Rechtsnormen *P. Hilbert*, JZ 2013, S. 130 (131).

<sup>249</sup> *C. Thiemann*, in: Liber Amicorum für D. Ehlers, 2015, S. 257 (261 f., 263).

<sup>250</sup> *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 28; *F. Schoch*, JURA 2004, S. 612 (613).

<sup>251</sup> *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 28; *W.-R. Schenke*, JZ 1988, S. 317 (323); *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 27.

<sup>252</sup> *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 22.

<sup>253</sup> *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (406); *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 44f.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184c (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

dieser zuletzt genannten Aspekte aber sind auch für Ermessensnormen relevant,<sup>254</sup> und beide betreffen letztlich die Kompetenzfrage danach, wer unter welchen Umständen und in welchem Umfang zur (letzt-)verbindlichen Normkonkretisierung berufen ist. Die Unbestimmtheit gesetzlicher Begriffe aber liefert für die Beantwortung dieser Kompetenzfragen nicht mehr als ein (schwaches) Indiz.<sup>255</sup> Unausgesprochen erkennt das auch die tradierte Lehre an, sofern sie zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen mit und solchen ohne Beurteilungsermächtigung differenziert. Die Kompetenzfrage bedarf insofern einer separaten gesetzgeberischen Entscheidung, einer normativen Ermächtigung.<sup>256</sup>

*(c) Fazit: Strukturparallelen administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*

Wendet man all dies positiv, so zeigt die Kritik, dass es jedenfalls im Hinblick auf die grundlegenden Strukturen administrativer Entscheidungsspielräume keiner Binnendifferenzierung bedarf. Vielmehr lassen sich jene auch mit einem einheitlichen Begriff des allgemeinen Verwaltungsermessens beschreiben: Administrative Spielräume kennzeichnet demnach, dass die Verwaltung aufgrund gesetzlicher Anordnung zur selbstständigen und abschließenden Konkretisierung bzw. Ergänzung des ihr vorgegebenen Normprogramms befugt ist.<sup>257</sup> Angesichts dieser einheitlichen Struktur administrativer Letztentscheidungsbefugnisse sind auch die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, an denen jene zu messen sind, dieselben.<sup>258</sup>

*bb) Legislative Letztentscheidungsbefugnisse*

Anders als im Verwaltungsrecht hat sich im Hinblick auf die Letztentscheidungsspielräume der Gesetzgebungsorgane bislang keine klare Typologie entwickelt. Das BVerfG spricht mal von Einschätzungs- oder Beurteilungs-, mal von Prognose- und Gestaltungsspielräumen und zuweilen auch von Prärogati-

<sup>254</sup> M. Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 21.

<sup>255</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020) spricht ihr insofern „heuristischen Wert“ zu; ihm folgend BVerfG, NVwZ 2010, S. 435 (437); E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 72.

<sup>256</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184 ff. (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020); ebenso u. a. H. Hill, NVwZ 1989, S. 401 (403); M. Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 25, 34, 39; E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 72; W.-R. Schenke, JZ 1988, S. 317 (324); E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 118 f.; ders./T. Groß, NVwZ 1993, S. 617 (621); F. Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 267; R. Wahl, NVwZ 1991, S. 409 (411) sowie in der Sache bereits R. Scholz, VVDStRL 34 (1976), S. 145 (168).

<sup>257</sup> M. Wendel, Verwaltungsermessens als Mehrebenenproblem, 2019, S. 27.

<sup>258</sup> Vgl. in diesem Sinne bereits A. v. Mutius, JURA 1987, S. 92 (97); W.-R. Schenke, JZ 1988, S. 317 (323).



ven statt von Spielräumen.<sup>259</sup> Eine klare Abgrenzung dieser Fallkonstellationen sucht man vergeblich und dass das BVerfG sie zudem oftmals in verunklarenden Doppelbegriffen (z. B. „Einschätzungs- und Prognosespielraum“) zusammenführt, erschwert die Kategorienbildung zusätzlich. Das Schrifttum unterscheidet angesichts dieser Unklarheiten in erster Linie zwischen gesetzgeberischen Gestaltungs- oder Handlungsspielräumen einerseits und legislativen Einschätzungsspielräumen andererseits, um auf diese Weise deutlich zu machen, dass Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle auch im Bereich der Gesetzgebung nicht nur im Bereich des Rechtlichen wurzeln, sondern auch auf Ungewissheiten auf Tatsachen- und Wertungsebene zurückgehen können.<sup>260</sup> Während der Begriff der Gestaltungsspielräume die rechtlichen Freiräume erfasst, die der Gesetzgeber bei der inhaltlichen Gestaltung der Gesetze deshalb genießt, weil die Verfassung ihn insoweit nicht determiniert,<sup>261</sup> nimmt die Rede vom Einschätzungsspielraum diejenigen Spielräume in Bezug, die dem Gesetzgeber bei der – auch wertenden – „Einschätzung der tatsächlichen Ausgangslage und der zukünftigen Auswirkungen seiner Gesetze“ zukommt.<sup>262</sup> Die für das Verwaltungsrecht so prägende Unterscheidung zwischen Spielräumen auf Tatbestands- und solchen auf Rechtsfolgenseite spielt in der verfassungsrechtlichen Diskussion demgegenüber eine allenfalls untergeordnete Rolle. Nicht nur angesichts dessen dürften – zumindest für die hier zu beantwortende Frage nach der Ausgleichsbedürftigkeit der entsprechenden Spielräume – Binnendifferenzierungen für die Spielräume der Gesetzgebung erst Recht verzichtbar sein. Denn an der strukturellen Analyse ändert sich auch für das Verfassungsrecht nichts: Auch Spielräume der Gesetzgebungsorgane entstehen zunächst ganz allgemein dort, wo der verfassungsrechtliche Rahmen gesetzgeberische Entscheidungen nicht vollständig determiniert. Und auch für die Gesetzgebung ist es letztlich eine Kompetenzfrage, ob der gesetzgeberische Erstzugriff auf die Konkretisierung verfassungsrechtlicher Normen zugleich das letzte Wort bleibt oder ob es

<sup>259</sup> Vgl. zur Entwicklung der Terminologie *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 128ff. Während die Rechtsprechung des BVerfG anfangs in offenkundiger Anlehnung an den verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch vom „Gesetzgebungsermessen“ gesprochen hat (BVerfGE 7, 377 [404]), ist in jüngerer Zeit stattdessen die Rede vom „Einschätzungs- und Prognosespielraum“ (BVerfGE 126, 112 [114]), vom „Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum“ (BVerfGE 150, 1 [89]), von einer „Einschätzungsprärogative“ (BVerfGE 102, 197 [218]) oder von einem „Beurteilungs- und Prognosespielraum“ (BVerfGE 115, 276 [309]).

<sup>260</sup> Entsprechende Unterscheidung etwa bei *J. Bethge*, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 181 ff., 183 ff.; *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 134, 527; in diese Richtung auch *G. Britz*, JURA 2015, S. 319 (320f.).

<sup>261</sup> *J. Bethge*, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 183 f.; *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 248.

<sup>262</sup> *J. Bethge*, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 182; in der Sache ebenso *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 133.; *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 248; *M. Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 114 ff.

den (Verfassungs-)Gerichten freisteht, die gesetzgeberischen Konkretisierungen durch eigene Wertungen zu ersetzen.<sup>263</sup> Auch Letztentscheidungsbefugnisse der Gesetzgebungsorgane verbindet demnach, dass die Gesetzgebungsorgane zur selbstständigen und abschließenden Konkretisierung bzw. Ergänzung des ihnen vorgegebenen Normprogramms befugt sind.

*b) Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG*

Bei der Suche nach verfassungsrechtlichen Maßstäben für die durch administrative oder gesetzgeberische Letztentscheidungsbefugnisse bedingten Limitierungen der gerichtlichen Kontrolle bildet Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG den naheliegenden und gängigen Ausgangspunkt. Er verbürgt eine verfassungsrechtliche Garantie effektiven Rechtsschutzes (dazu lit. aa), in deren Lichte Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung als rechtfertigungsbedürftige Ausnahmen erscheinen (dazu lit. bb). Auf die verfassungsrechtliche Bewertung gesetzgeberischer Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume lässt sich die für das Verhältnis von Verwaltung und Justiz prägende Auslegung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG indes nicht übertragen. Der Einräumung gesetzgeberischer Letzt Konkretisierungsbefugnisse setzt die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG daher im Ergebnis keine Grenzen (dazu lit. cc).

*aa) Grundlagen: Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Garantie eines wirksamen Gerichtsschutzes*

Nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG steht dem Einzelnen gegen eine schlüssig behauptete Verletzung seiner subjektiven Rechte „der Rechtsweg offen“. Wenn gleich die sprachliche Fassung der Norm außergerichtliche Rechtsschutzinstanzen keinesfalls grundsätzlich auszuschließen scheint,<sup>264</sup> ist angesichts des systematischen Zusammenhangs mit Art. 92 GG doch weitgehend anerkannt, dass die Garantie des Rechtswegs gerade den Gerichtsweg verbürgt.<sup>265</sup> Dass der da-

---

<sup>263</sup> Deutlich insofern *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 133, 534f., der zwischen *Einschätzungsspielraum* und *Einschätzungsprärogative* unterscheidet. Erstere bezeichnet den „Spielraum [...], den das Grundgesetz dem Gesetzgeber belässt“, letztere hingegen die gesetzgeberische Letztentscheidungskompetenz bei deren Konkretisierung.

<sup>264</sup> Für eine Einbeziehung etwa *D. Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 144ff.

<sup>265</sup> *G. Arentz*, Der Rechtscharakter des Artikels 19 Absatz 4 des Grundgesetzes, 1963, S. 101; *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 20; *M. W. Nell*, Beurteilungsspielraum zugunsten Privater, 2010, S. 177; *H.-J. Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 57; *H. Schmelter*, Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative, 1977, S. 99, 167; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 173a (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020); titelgebend bei *H. Bauer*, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973, siehe auch ebd., S. 60; deutlich auch *A. Funke*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl.

mit garantierte Zugang zu Gericht auch inhaltlichen Anforderungen zu genügen hat, zeigt der teleologische Nexus, den Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zwischen dem garantierten Gerichtsweg und der Abwehr individueller Rechtsverletzungen herstellt. Zu Recht verbindet die allgemeine Auffassung den Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz daher mit dem Maßstab praktischer Wirksamkeit: Gewährleistet wird der Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren, in dem die durch die öffentliche Gewalt mutmaßlich verletzten Rechte effektiv geschützt werden.<sup>266</sup>

Neben der institutionellen Garantie einer staatlichen Gerichtsbarkeit<sup>267</sup> und dem Gebot eines grundsätzlich lückenlosen Rechtsschutzes, der in jedem konkreten Einzelfall die Möglichkeit eröffnet, mögliche Rechtsverletzungen einer gerichtlichen Entscheidung zuzuführen,<sup>268</sup> verbürgt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG demnach den Anspruch auf ein gerichtliches Rechtsschutzverfahren, dessen Ausgestaltung eine wirksame Durchsetzung der subjektiven Klägerrechte verspricht.<sup>269</sup> Was aus diesem Effektivitätsgebot im Einzelnen folgt, ist bislang nicht konsentiert.<sup>270</sup> Zu den vor allem im hiesigen Kontext zentralen Ableitungen zählt es indes, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eine gerichtliche Prüfung verlangt, die die angegriffene staatliche Maßnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht grundsätzlich vollständig nachprüft.<sup>271</sup> Verfassungsrechtlich geboten ist demnach eine

---

2023, Art. 19 IV Rn. 25: Die „Gerichtsförmigkeit war eines der zentralen Anliegen der Rechtsweggarantie“.

<sup>266</sup> BVerfGE 129, 1 (20); 143, 216 (224f.); *W.-R. Schenke*, JZ 1988, S. 317 (322); *ders.*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 645 ff. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 17; *E. Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, S. 2569 (2572f.); *A. Uhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR V, 2013, § 129 Rn. 53 ff.; *P. Wilfinger*, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention, 1995, S. 8 ff., 36 ff., 46 ff.

<sup>267</sup> Zu dieser Dimension *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 21 f.; *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 164 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 14 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

<sup>268</sup> *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 22 ff.; zum Grundsatz lückenlosen Rechtsschutzes auch *K. Windthorst*, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 550 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 8, 274 (326); 25, 352 (365); 96, 27 (39 f.); 110, 77 (85).

<sup>269</sup> *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 26 ff.

<sup>270</sup> *J. Buchheim/C. Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 46 Rn. 187; vgl. auch *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 26 f. sowie die Ableitungen bei *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 461 ff.

<sup>271</sup> BVerfGE 103, 142 (156); *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 469; *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 571, 651 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 258.

umfassende richterliche Kontrolle, die neben der Anwendbarkeit und Gültigkeit der einschlägigen Normen auch deren Auslegung erfasst und sich darüber hinaus auch auf die Ermittlung der für die Streitentscheidung maßgeblichen Tatsachen sowie deren Subsumtion unter die streitentscheidenden Normen erstreckt.<sup>272</sup> Jedenfalls im Grundsatz ist es damit zugleich ausgeschlossen, die Gerichte an den Feststellungen, die von anderen staatlichen Stellen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht getroffen wurden, festzuhalten; sie an diese gebunden zu sehen, ist mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG im Grundsatz unvereinbar.<sup>273</sup>

*bb) Art. 19 Abs. 4 GG als Maßstab für administrative Letztentscheidungsbefugnisse*

*(1) Streit über die Maßstäblichkeit*

Ausgehend von diesen Grundsätzen misst die herrschende Auffassung im Schrifttum Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung im Allgemeinen und die Einräumung von Beurteilungsspielräumen im Besonderen an Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.<sup>274</sup> Denn, so die tragende Begründung, sofern es die Rechtsschutzgarantie von Verfassungs wegen gebiete, eine jede staatliche Entscheidung einer vollständigen – also in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht lückenlosen – gerichtlichen Überprüfung zuführen zu können, stellten sich administrative Entscheidungsspielräume mit Letzt Konkretisierungsprärogative der Behörden als rechtfertigungsbedürftige Abweichung vom Regelfall uneingeschränkter Gerichtsschutzes dar.<sup>275</sup> Schließlich müsse im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

<sup>272</sup> O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 27; P. M. Huber, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Bd. II, 2019, S. 1771 (1800); F. Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 260.

<sup>273</sup> BVerfGE 103, 142 (156); P. M. Huber, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Bd. II, 2019, S. 1771 (1801); F. Schoch, JURA 2004, S. 612 (615); E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 183 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

<sup>274</sup> R. Brinktrine, Verwaltungsermessen in Deutschland und England, 1998, S. 547; C. Hilten, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 321 ff.; P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 514; ders., in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Bd. II, 2019, S. 1771 (1803); M. Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 183; H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 34, 57 ff.; M. W. Nell, Beurteilungsspielraum zugunsten Privater, 2010, S. 170 ff.; H. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 128; siehe auch C. Thiemann, in: Liber Amicorum für D. Ehlers, 2015, S. 257 (257 f.); Bezeichnung als herrschende oder überwiegende Auffassung etwa bei F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 149; M. Wendel, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 411.

<sup>275</sup> F. Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 260, 287.

auch und gerade die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar sein.<sup>276</sup>

Freilich sind die (unausgesprochenen) Prämissen dieser Position keinesfalls unangreifbar.<sup>277</sup> So beharrt sie einerseits darauf, auch unbestimmte Rechtsbegriffe müssten von den Gerichten uneingeschränkt kontrolliert werden, betont andererseits aber stets, dass auch der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz nicht weiter reichen könne als die Rechtsbindung der kontrollierten staatlichen Stelle.<sup>278</sup> Spannungsfrei auflösen lässt sich das nur dann, wenn man zugrunde legt, dass auch die Auslegung und Anwendung unbestimmter Normen in jedem Fall eine rechtlich einzig richtige Entscheidung kennt und selbst unbestimmte Normen somit eine jede Entscheidung rechtlich in vollem Umfang determinieren.<sup>279</sup> Dass das nicht zutrifft, lässt sich indes bereits daran erkennen, dass das Recht weder die Gewichtung widerstreitender Auslegungs- noch diejenige divergierender Subsumtionserwägungen anleitet.<sup>280</sup> Aufgeklärte Theorien der Rechtsanwendung halten an der Vorstellung der rechtlich einzig richtigen Entscheidung denn auch nicht fest<sup>281</sup> oder weisen ihr allenfalls als „regulative Idee“<sup>282</sup>

<sup>276</sup> Vgl. dazu *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 263.

<sup>277</sup> Klarsichtige Kritik bei *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (529ff.); in dieselbe Richtung auch *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 45ff. sowie *A. Funke*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 19 IV Rn. 84f.

<sup>278</sup> Zu dieser Annahme etwa BVerfGE 129, 1 (22); 103, 142 (156); 88, 40 (56); *M. Geismann*, Sachverhaltsaufklärung im Verwaltungsprozess, 2021, S. 160f.; *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 45; *J. Nolte*, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2015, S. 85; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 122; ferner *U. Buermeyer*, Informationelle Selbstbestimmung und effektiver Rechtsschutz im Strafvollzug, 2019, S. 204.

<sup>279</sup> Vgl. *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (533).

<sup>280</sup> Vgl. *P. Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 36; *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 349f.; *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (530) verweist zur Begründung insofern auf den Mangel einer „konsentierten[n] Hierarchie der Auslegungstopoi“.

<sup>281</sup> Dazu etwa *I. Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (260ff.); *P. Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 35ff.; *H.-J. Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 75ff.; gegen die Vorstellung wenden sich ferner *C. Franzius*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 13; *C. Gusy*, JöR 55 (2007), S. 41 (58); *C. Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 401; *W. Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.) Governance-Forschung, 2. Aufl. 2006, S. 195 (208); *R. Kaiser*, Das Mehrheitsprinzip in der Judikative, 2020, S. 81; *C. Thiemann*, in: Liber Amicorum für D. Ehlers, 2015, S. 257 (269); vgl. auch *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 93: „seit längerem [...] überholt“; im Hinblick auf die Rechtskonkretisierung durch die Verwaltung ablehnend auch *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 106.

<sup>282</sup> So etwa *G. Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, S. 285; *J. Lege*, VVDStRL 67 (2008), S. 344 (344); *S. Müller-Franken*, Maßvolles Verwalten, 2004, S. 58; aus eher

verbleibende Bedeutung zu.<sup>283</sup> Stattdessen erinnern sie zu Recht daran, dass Rechtserzeugung einen gestuft-arbeitsteiligen Prozess bildet, in dem auf jeder Stufe „neues Recht in Bindung und im Rahmen von bestehendem, also altem Recht gewonnen“ wird.<sup>284</sup>

Ausgehend von diesen Erwägungen ist allen voran *Matthias Jestaedt* der herrschenden These, administrative Letztentscheidungsermächtigungen seien an der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie zu messen, entgegengetreten.<sup>285</sup> Sie verkenne, so *Jestaedt*, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG „lediglich [den] Schutz bereits bestehender Rechte“ gewährleiste, diese also voraussetze und nicht selbst begründe.<sup>286</sup> Zwar betone die herrschende Auffassung insofern durchaus zu Recht, dass der von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierte Rechtsschutz nicht weiter reichen könne als das im konkreten Fall maßgebliche materielle Recht.<sup>287</sup> Was sie allerdings übersehe, sei, dass die „Einhaltung der rechtlichen Vorgaben [auch dort] zu 100 Prozent“ gerichtlich kontrolliert werde, wo das Recht der Verwaltung Ermessens- oder Beurteilungsspielräume einräume.<sup>288</sup> Denn Ermessens- und Beurteilungsermächtigungen reduzierten keinesfalls die rechtlichen Maßstäbe im Sinne einer Lockerung der Gesetzesbindung, sondern verschoben lediglich die Letzt Konkretisierungskompetenz für gesetzliche Vorgaben, die angesichts ihrer Unbestimmtheit bereits ohnehin keine abschließenden Maßstäbe für die gerichtliche Kontrolle bereithielten. Soweit die Vorgaben des materiellen Rechts aber reichten, würden sie auch im Fall von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen kontrolliert. Am Umfang der garantierten Rechtmäßigkeitskontrolle änderten diese folglich nichts, sodass auch deren gesetzliche Einräumung den Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht berühre.

## (2) Plädoyer für ein erweitertes Verständnis des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

Denkt man diese im Kern zutreffende Kritik zu Ende, droht sie die Geister, die sie ruft, indes nicht mehr loszuwerden. Denn markierten die Grenzen der ma-

---

rechtstheoretischer Warte *R. Alexy*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 109 (121 f.); *U. Neumann*, *Wahrheit im Recht*, 2004, S. 39 ff.

<sup>283</sup> Überblick zur rechtsphilosophischen Diskussion bei *T. Herbst*, *JZ* 2012, S. 891.

<sup>284</sup> *M. Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 318 und öfter; *ders.*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 10; grundlegend *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 239 ff.

<sup>285</sup> *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 44 ff.; ihm (in der Fassung der Voraufgabe) folgend *F. Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 149 ff.; in dieselbe Richtung nun auch *A. Funke*, in: Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, 4. Aufl. 2023, Art. 19 IV Rn. 84 f.

<sup>286</sup> *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 45.

<sup>287</sup> *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 45.

<sup>288</sup> *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 45 in Fn. 150.

teriellen Rechtsbindung zugleich die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle, verkehrte sich das Verhältnis von Behörden und Justiz im Hinblick auf die Frage der Letzt Konkretisierungsbefugnisse in ihr Gegenteil: Nicht mehr die Prärogative der Verwaltung, sondern diejenige der Gerichte erschiene rechtfertigungsbedürftig.<sup>289</sup> Und inhaltliche Unbestimmtheiten des Rechts gingen zwangsläufig mit der Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle einher.<sup>290</sup> Eben dieser Schluss aber wird quer durch fast alle Lager abgelehnt.<sup>291</sup> Allen voran die herrschende normative Ermächtigungslehre wird nicht müde zu betonen, es sei nie (allein)<sup>292</sup> die Unbestimmtheit, sondern stets die gesetzlich eingeräumte Befugnis zur Letzt Konkretisierung, die administrative Entscheidungsspielräume begründe.<sup>293</sup> Warum das so sein soll, kann sie im Lichte der vorstehenden Überlegungen aber nicht überzeugend belegen, solange sie einerseits mit einem aufgeklärten Rechtsgewinnungsverständnis anerkennt, dass Rechtsanwendung nie ohne eigene Rechtserzeugung auskommt, und andererseits zugleich daran festhält, dass der Umfang der behördlichen Rechtsbindung auch

<sup>289</sup> *Jestaedt* und *Gonsior* versuchen diese Konsequenz unter Berufung auf die Verfahrensdimension der Grundrechte abzuwenden: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse seien zwar nicht an Art. 19 Abs. 4 GG zu messen, im Lichte des den materiellen Grundrechten immanenten Rechtsschutzgebots aber durchaus auf eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung angewiesen (ausführlich *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 158 ff.; knapp auch bei *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 49). Dass das nicht überzeugt, wird unten noch deutlich werden, siehe § 5 IV 2 c) cc).

<sup>290</sup> Vgl. *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (530 f.).

<sup>291</sup> Wie *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (531) vorführt, gilt das selbst für Autorinnen und Autoren, die das rechtsgewinnungstheoretische Problem zutreffend analysieren. In diesem Sinne gegen den Schluss von der Unbestimmtheit auf die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle und damit für ein Voll Konkretisierungsrecht der Gerichte im Hinblick auf unbestimmte Rechtsbegriffe etwa *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 475; *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 581 ff. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 260. – Abweichend beurteilt dies soweit ersichtlich einzig die sog. Vertretbarkeitslehre. Nach ihr soll sich die gerichtliche Kontrolle unbestimmter Rechtsbegriffe gerade deshalb auf die Frage beschränken, ob die Verwaltung eine vertretbare Konkretisierung vorgenommen hat, weil unbestimmte Rechtsbegriffe die Entscheidung nicht in vollem Umfang determinieren und die daher unverzichtbare Normergänzung stets subjektive Elemente aufweise. Im Hinblick auf diese subjektiven Wertungen ein Vorrecht der Gerichte anzuerkennen, sei aber nicht einzusehen; in diesem Sinne etwa *R. Jarosch*, DÖV 1974, S. 123 (126); *C. H. Ule*, DVBl. 1973, S. 756 (758); *ders.*, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 309 (326); *G. Schmidt-Eichstaedt*, DVBl. 1985, S. 645 (648 ff.); mit gewissen Einschränkungen auch *K. Redeker*, DÖV 1971, S. 757 (760 ff.); aus neuerer Zeit insbes. *J. Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 106 ff., insbes. 111 f., 137, 178 f. und öfter; dazu mit weiteren Nachweisen *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 580 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

<sup>292</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020): „heuristischer Wert“.

<sup>293</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 256.

den gerichtlichen Kontrollumfang begrenzt.<sup>294</sup> Hinter die Einsicht, dass es in *hard cases* keine rechtlich einzig richtige Entscheidung gibt, führt indes kein Weg zurück.

Die These, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle könne nur so weit reichen, wie das materielle Recht das Verwaltungshandeln determiniere, erweist sich bei genauerer Analyse hingegen als zu eng. Träfe sie zu, beschränkte sich die Rolle der Gerichtsbarkeit darauf, Rechtsmäßigkeitsskorridore zu identifizieren und behördliche Entscheidungen lediglich daraufhin zu überprüfen, ob sie sich innerhalb des so gezogenen Rahmens bewegen oder nicht. Rechtlich (noch) vertretbare Verwaltungsentscheidungen hätte sie hinzunehmen.<sup>295</sup> Dem Funktionsmodus und Selbstverständnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit entspricht das nicht. Vielmehr sieht sie es – wo sie sich nicht ohnehin von der Idee der rechtlich einzig richtigen Entscheidung leiten lässt – als ihre Aufgabe an, auch Unklarheiten des Rechts mit den Mitteln der Rechtsdogmatik letztverbindlich auszufüllen.<sup>296</sup> Dass das auch in der Sache überzeugt, zeigt sich aus rechtstheoretischer Perspektive schon daran, dass in Fällen rechtlicher Unbestimmtheit nicht nur der genaue Gehalt der Norm, sondern auch die Vertretbarkeit der bei ihrer Anwendung gewonnenen Auslegungs- und Subsumtionsergebnisse gesetzlich nicht determiniert ist. Wo genau der Übergang zwischen solchen Fällen liegt, die der Norm eindeutig (nicht) unterfallen (sog. klar positive oder klar negative Kandidaten), und solchen, die sich im Grenzbereich bewegen (sog. neutrale Kandidaten), hängt von Erwägungen ab, die durch die gesetzlichen Vorgaben selbst nicht vollständig determiniert sind. Nimmt man das ernst, bleibt ein Gericht, dessen Mandat sich streng auf die Anwendung vorgegebener Rechtsmaßstäbe beschränkt, sogar über die Grenzen seines eigenen Zugriffsrechts im Ungewissen, weil es vertretbare und unvertretbare Entscheidungen nicht unterscheiden kann. Notwendigerweise geht mit unbestimmten Normen demnach eine Unbestimmtheit zweiter Ordnung<sup>297</sup> einher, die die Leistungsfähigkeit einer auf vorgegebene Rechtsmaßstäbe begrenzten Rechtskontrolle empfindlich limitierte.

Durch das Bekenntnis zur Einheitlichkeit der Rechtsprechung gibt zudem auch das positive Recht zu erkennen, dass sich die Rolle der (Fach-)Gerichte nicht darauf begrenzt, den Rahmen des rechtlich Vertretbaren abzusichern.<sup>298</sup>

---

<sup>294</sup> Vgl. *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (532); ebenso *C. Thiemann*, in: *Liber Amicorum für D. Ehlers*, 2015, S. 257 (268).

<sup>295</sup> Diese Schlussfolgerung zieht in der Tat die sog. Vertretbarkeitslehre, siehe zu ihr bereits die Nachweise im zweiten Teil der Fn. 291.

<sup>296</sup> Siehe nur *H. Maurer/C. Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 61.

<sup>297</sup> Der Begriff ist an das in der Sprachwissenschaft bekannte Parallelphänomen der Vagheit zweiter (oder höherer) Ordnung angelehnt, siehe dazu *T. Williamson*, *Mind* 108 (1999), S. 127.

<sup>298</sup> In diese Richtung auch *A. Bleckmann*, *JZ* 1995, S. 685 (688).



So hält etwa Art. 95 Abs. 3 GG das Einheitlichkeitsideal gerade im Hinblick auf die Revisionsgerichte hoch,<sup>299</sup> deren Zuständigkeit sich angesichts der in der Praxis dominanten<sup>300</sup> Grundsatzrevision ja meist gerade daraus ergibt, dass eine Rechtsfrage, zu der etwa von Obergerichten divergierende Antworten vertreten werden, nicht abschließend geklärt ist.<sup>301</sup> Dass einige der vertretenen Auffassungen den Rahmen des dogmatisch Vertretbaren überschreiten, setzt die Grundsatzrevision dabei nicht voraus. Vielmehr beruht sie auf der Idee, dass am Ende des Rechtswegs eben feststehen soll, welche der denkbaren Antworten, die fallübergreifend „richtige“, oder besser: die kraft höchstrichterlicher Entscheidung verbindliche ist. Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass die Rolle der Revisionsgerichte gemeinhin auch darin gesehen wird, die Rechtseinheit gerade dadurch zu wahren, dass sie das Recht mit Ausstrahlungswirkung auf die Entscheidungstätigkeit der Gerichte auf den niedrigeren Stufen des Instanzenzugs fortentwickeln.<sup>302</sup> Beschränkte sich die Rolle der Gerichte darauf, vorgegebene Rechtsmaßstäbe durchzusetzen, bliebe für dieses Konzept der Rechtseinheit durch Rechtsfortbildung aber kein Raum.

Aus etwas Abstand betrachtet steht dieser Blick auf die Revisionsgerichte eher beispielhaft für einen allgemeineren Einwand, dem sich die These von der Parallelität von Gerichtsschutz und Rechtsbindung ausgesetzt sieht. Denn freilich bildet die in Art. 95 Abs. 3 GG angesprochene Einheitlichkeit der Rechtsprechung keinen Selbstzweck. Stattdessen verleiht ihre Erwähnung der Erkenntnis Ausdruck, dass die Funktion der Gerichte sich nicht in der Befriedung individueller Rechtsstreitigkeiten erschöpft.<sup>303</sup> Vielmehr verbindet sie die gerichtliche Streitentscheidung mit der Erwartung, über den entschiedenen Fall hinauszuwirken, weil sie den Adressaten im Hinblick auf vergleichbare Fälle Orientierung und Rechtssicherheit vermittelt. Indem sie auch den Behörden Leitlinien für die Rechtskonkretisierung im Einzelfall bereitstellt, trägt sie zudem zur Gleichheit der Rechtsanwendung bei. Diesen weitergehenden Funktionen des Gerichtsschutzes trägt die Vorstellung, verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz könne nicht weiter reichen als die materiell-rechtlichen Bindungen der Verwaltung, nicht hinreichend Rechnung, weil sie der Uneinheitlichkeit

---

<sup>299</sup> M. Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 162 ff.; A. Sagan, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, 2022, S. 260; M. Schulte, Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag, 1986, S. 15 f.

<sup>300</sup> J. Buchheister, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 132 VwGO Rn. 31 (Stand: 35. Erg.-Lfg. September 2018): „der klassische Zugangsschlüssel zur Revisionsinstanz“.

<sup>301</sup> Siehe zu den entsprechenden Voraussetzungen der Grundsatzrevision nur J. Buchheister, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 132 VwGO Rn. 35 (Stand: 35. Erg.-Lfg. September 2018).

<sup>302</sup> Vgl. J. Buchheister, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 132 VwGO Rn. 31 (Stand: 35. Erg.-Lfg. September 2018).

<sup>303</sup> Zur Befriedungsfunktion aber C. Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 92 Rn. 8, 10f. (Stand: 95. Erg.-Lfg. Juli 2021).

behördlicher Rechtsanwendung so lange nichts entgegenzusetzen vermag, wie sich diese innerhalb der Grenzen des rechtlich noch Vertretbaren bewege.

Schließlich besteht, worauf insbesondere *Ralf Poscher* mit Nachdruck hingewiesen hat, auch unter Gesichtspunkten der Funktionsadäquanz überhaupt kein Grund dafür, anzunehmen, die Gerichte seien zum Schweigen verpflichtet, wo die materiell-rechtlichen Vorgaben an ihr Ende gelangten. Denn auch dort, wo sich das Recht als unbestimmt und folglich ergänzungsbedürftig erweist, ist darin keine *carte blanche* für willkürgeleitete Entscheidungen zu sehen. Vielmehr trifft alle Rechtsanwender die Pflicht, Unbestimmtheiten des Rechts im Wege dogmatischer Rechtsfortbildung aufzulösen, sie also vor allem unter Rückgriff auf Argumente der juristischen Methodenlehre kleinzuarbeiten. Die einzelfallbezogene Konkretisierung unbestimmter Rechtsnormen bleibt damit eine im Kern juristische Aufgabe. Deren sachgerechte Erfüllung ist aber vor allem von den Gerichten zu erwarten. Denn gerade „die Gerichte sind historisch, personell und institutionell diejenigen Einrichtungen, die in besonderer Weise darauf spezialisiert sind, dogmatische Rechtsfortbildung systematisch zu betreiben und deren besondere Anforderungen zu pflegen“.<sup>304</sup>

Die verbreitete These, der (verwaltungs-)gerichtliche Rechtsschutz stoße dort an seine Grenzen, wo die Rechtsbindung der Verwaltung ende, führt angesichts dieser Erwägungen in die Irre. Gerade weil es im Falle unbestimmter Normen die rechtlich einzig richtige Entscheidung nicht gibt, erstreckt sich die Rechtsschutzfunktion der Gerichte auch auf die dogmatische Ausfüllung der Spielräume, die das materielle Recht zunächst belässt. Die Gerichte gewährleisten auf diese Weise Rechtssicherheit und Orientierung und tragen zur Gleichheit der (behördlichen) Rechtsanwendung bei. Die allgemeine Auffassung liegt vor diesem Hintergrund durchaus richtig, wenn sie annimmt, dass die Unbestimmtheit des Rechts allein nicht genügt, um behördliche Letzt Konkretisierungsbefugnisse zu begründen. Seinen Grund findet das allerdings richtigerweise in einem erweiterten Verständnis der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie.<sup>305</sup> Denn vor dem Hintergrund der obigen Überlegungen ist auch die Interpretation des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG von der Vorstellung abzukoppeln, dass der Umfang der Rechtsbindung zugleich die Grenzen des gerichtlichen Rechts-

---

<sup>304</sup> *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (536).

<sup>305</sup> Für eine solche auch *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (537, 550) sowie *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 46 und *C. Thiemann*, in: Liber Amicorum für D. Ehlers, 2015, S. 257 (268 ff., insbes. 270 ff.) in diese Richtung ferner bereits *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 71: Aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebe sich, dass „der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichte grundsätzlich nicht auf den Bereich der Gesetzesbestimmtheit beschränkt“ ist; für ein extensives Verständnis des Art. 19 Abs. 4 GG auch *M. Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 178 ff., 183 ff., der ebenfalls dafür plädiert, die verfassungsrechtlich gebotene Gerichtskontrolle nicht auf den Bereich gesetzlicher Determinierung zu beschränken.

schutzes markiert. Der durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vermittelte Kontrollanspruch beschränkt sich folglich nicht auf die rechtlich voll determinierten Teile einer staatlichen Entscheidung, sondern erstreckt sich darüber hinaus auch auf die Entscheidungsteile, in denen die Behörde das vorgegebene Normprogramm im Wege administrativer Selbstprogrammierung ergänzt, um angesichts der Unbestimmtheit der Normvorgaben überhaupt eine Entscheidung treffen zu können. Auch insofern die gesetzlichen Vorgaben staatliche Entscheidungen nicht determinieren, liegt das Letztentscheidungsrecht demnach im Ausgangspunkt bei den Gerichten. Im Ergebnis hat die normative Ermächtigungslehre daher – trotz wenig überzeugender Prämissen – Recht: Administrative Letzt Konkretisierungsbefugnisse sind an Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu messen und nur als Ausnahmen vom Grundsatz der verwaltungsgerichtlichen Letztprogrammierungsbefugnis zu rechtfertigen.

### (3) Rechtfertigungsmaßstäbe

Zu den entsprechenden Rechtfertigungsanforderungen zählt es angesichts der Maßstäblichkeit des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts erstens, dass Letzt Konkretisierungsermächtigungen der Verwaltung stets „normativ eröffnet“ sein müssen, dass sie also einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Welche inhaltlichen Anforderungen an diese gesetzliche Grundlage zu stellen sind, beantwortet das BVerfG mit einem doppelten Maßstab:<sup>306</sup> In quantitativer Hinsicht dürfe der Gesetzgeber erstens die Effektivität der durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierten Rechtsanwendungskontrolle „nicht durch zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume für ganze Sachbereiche oder gar Rechtsgebiete aushebeln“.<sup>307</sup> Und wo die Rechtsanwendung von gerichtlicher Kontrolle freigestellt werde, bedürfe dies zweitens stets „eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds“<sup>308</sup>. Insbesondere das auf den Einzelfall fokussierte Kriterium eines hinreichenden Sachgrundes findet sich auch im Schrifttum.<sup>309</sup> Welche genauen Anforderungen an einen derartigen Grund zu stellen sind, insbesondere unter welchen Bedingungen ihm ein hinreichendes Gewicht zukommt, konkretisiert das BVerfG bislang nicht. Angesichts der Tatsache, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG keinen geschriebenen Gesetzesvorbehalt kennt, spricht

<sup>306</sup> M. Eichberger, NVwZ-Beilage 2013, S. 18 (21); E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184b (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020); siehe auch T. Jacob/M. Lau, NVwZ 2015, S. 241 (242).

<sup>307</sup> BVerfGE 129, 1 (23).

<sup>308</sup> BVerfGE 129, 1 (23).

<sup>309</sup> Siehe etwa F. Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 260: „sachlich begründet“; M. Wendel, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 33 f.; J. Ziekow, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2021, § 14 Rn. 67.

indes schon die allgemeine Grundrechtsdogmatik dafür, Einschränkungen der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie nur aufgrund kollidierender Verfassungsrechts zuzulassen.<sup>310</sup> Dem im Grundsatz der Gewaltenteilung verfassungsrechtlich fundierten Motiv, durch eine funktionsgerechte und organadäquate Entscheidungsallokation für eine möglichst effiziente Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zu sorgen, dürfte insofern besondere Bedeutung zukommen.<sup>311</sup> Wo die Verwaltung aufgrund der Natur der zu entscheidenden Frage ausnahmsweise einmal besser für die Aufgabe der Normkonkretisierung gewappnet ist als die Gerichte oder wo es auf die besondere Konkretisierungskompetenz der Gerichte überhaupt nicht ankommt, kann der Grundsatz funktionsgerechter Aufgabenwahrnehmung Ausnahmen vom Grundsatz gerichtlicher Vollkontrolle rechtfertigen.<sup>312</sup> Dass dessen Legitimation nach den obenstehenden Erwägungen unter anderem auf die funktionale Überlegenheit der Gerichte für Fragen dogmatischer Normkonkretisierung zurückgeht, spiegelt sich so auch auf Rechtfertigungsebene wider.<sup>313</sup> Entscheidungen etwa, deren

<sup>310</sup> So im Hinblick auf die Einräumung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse etwa *F. Hufen*, JuS 1992, S. 252 (254), *M. Sachs*, DVBl. 2020, S. 311 (316) sowie *A. Scherzberg*, NVwZ 1992, S. 31 (33), der diese Auffassung auch in der Rechtsprechung des BVerfG am Werk sieht; ebenso offenbar *C. Thiemann*, in: Liber Amicorum für D. Ehlers, 2015, S. 257 (276 f.); *M. Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 183; *M. W. Nell*, Beurteilungsspielraum zugunsten Privater, 2010, S. 179; anders (kein Grund mit Verfassungsrang erforderlich) hingegen *E. Schmidt-Aßmann/T. Groß*, NVwZ 1993, S. 617 (622); in diese Richtung wohl auch *H.-J. Papier*, DÖV 1986, S. 621 (626): „aus sonstigen einleuchtenden Gründen“, wobei unklar ist, ob er damit zugleich die Anforderungen an den Rechtfertigungsgrund umschreibt. Allgemein für eine Rechtfertigung von Beeinträchtigungen des Art. 19 Abs. 4 GG (nur) durch kollidierendes Verfassungsrecht ferner *C. Ernst*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 150; *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 381; *H. D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 GG Rn. 63; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 140; Rechtfertigungen gänzlich ablehnend hingegen *H. Maurer*, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 467 (489 f.); ähnlich wohl auch *C. Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, Art. 19 Rn. 53: „vorbehaltlose Gewährleistung“ sowie *A. Funke*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 19 IV Rn. 22, der angesichts des Vorbehalts gesetzlicher Ausgestaltung den Versuch kritisch sieht, die Rechtsschutzgarantie überhaupt „mit Kategorien wie Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung“ aufzuschlüsseln.

<sup>311</sup> Für dessen stärkere Berücksichtigung bei der Bestimmung der Reichweite des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bereits *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 55.

<sup>312</sup> Im Ergebnis ähnlich *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (538).

<sup>313</sup> Ob man die ausnahmsweise eingeschränkte Gerichtskontrolle dabei als Beeinträchtigung der Rechtsschutzgarantie versteht und folglich auf Rechtfertigungsebene über ihre Zulässigkeit entscheidet oder die Rechtsschutzgarantie stattdessen schon tatbestandlich nur dann für anwendbar hält, wenn die Gerichte der Verwaltung im Hinblick auf die zu bewältigende Normkonkretisierungsaufgabe überlegen sind, dürfte materiell zweitrangig sein. Institutionell hat die Rechtfertigungslösung allerdings den Vorteil, dass sie der Rechtsschutzgarantie dadurch zu zusätzlichem Schutz verhilft, dass sie die Entscheidung darüber, ob die

Qualität von der langfristigen und angesichts dessen im Gerichtsverfahren kaum reproduzierbaren Berufserfahrung der Entscheidungsträger profitiert, verweist dieser Maßstab der Funktionsadäquanz unabhängig davon an die Verwaltung, ob sie – wie etwa der Fall der Beamtenbeurteilungen – nach klassischer Dogmatik als Beurteilungsspielräume zu qualifizieren – oder – wie etwa die situationsspezifische Auswahl des richtigen Eingriffsmittels zur Bewältigung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit – als Ermessen behandelt werden.

*(4) Zwischenergebnis*

Für die Kompensationsbedürftigkeit der mit administrativen Letztentscheidungsbefugnissen einhergehenden Einschränkungen des gerichtlichen Kontrollzugriffs folgt aus alledem zweierlei: Erstens, dass die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG die eingeschränkte Kontrolldichte im Grundsatz tatsächlich als ausgleichsbedürftigen Mangelzustand erscheinen lässt. Und zweitens, dass dieser einer Kompensation durch Verfahren nur dann bedarf, wenn er sich nicht bereits unter Berufung auf andere (materielle) Verfassungsgüter rechtfertigen lässt. Schon das lässt indes erkennen, dass administrative Letztentscheidungsbefugnisse keinesfalls immer nach einem prozeduralen Defizit ausgleich verlangen. Denn ein kategorisches Verbot formuliert auch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG insofern nicht.

*cc) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse*

Für die Beantwortung der Frage, ob auch Letztentscheidungsbefugnisse der Legislative im Lichte der allgemeinen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ein Kompensationsbedürfnis auslösen können, lässt sich auf die gerade angestellten Erwägungen nur begrenzt zurückgreifen. Schon die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf Gesetzgebungsakte begegnet prominenten – wenngleich im Ergebnis nicht durchgreifenden – Zweifeln (dazu [1]). Und die für administrative Letztentscheidungsbefugnisse vertretene extensive Deutung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG lässt sich auf Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume der Gesetzgebungsorgane nicht übertragen (dazu [2]).

*(1) Parlamentarische Gesetzgebungsakte als „öffentliche Gewalt“*

Da legislative Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume die gerichtliche Kontrolle parlamentarischer Gesetzgebungsentscheidungen beschränken, setzt die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG der Einräumung solcher Spielräume nur dann Grenzen, wenn der durch sie verbürgte Rechtsschutzanspruch sich auch gegen Akte des Gesetzgebers richtet. Auch im Schrifttum hat insofern

---

gerichtliche Kontrolle zulässiger Weise zurückgenommen ist, den Gerichten selbst anvertraut, so überzeugend *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (550).

die in der Rechtsprechung des BVerfG vertretene Auffassung Anhänger gefunden, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, wenn er Rechtsschutz gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt verspreche, lediglich Maßnahmen der Exekutive meine, sich aber jedenfalls nicht auf parlamentarische Gesetzgebungsakte erstrecke.<sup>314</sup> In historischer Perspektive soll für sie sprechen, dass es „nach gemeindeutscher Rechts- und Verfassungstradition als selbstverständlich [galt], daß der Bürger sich nicht mit einer Klage unmittelbar gegen ein Gesetz an die Gerichte wenden konnte“.<sup>315</sup> Hätte der Verfassungsgeber hieran etwas ändern wollen, hätte er dies eindeutig zum Ausdruck bringen müssen. In systematischer Hinsicht folge ein solches Klarstellungsgebot zudem auch aus Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG. Das Gesetz sei in deren Lichte nämlich die Grundlage, aber eben nicht der Gegenstand der richterlichen Entscheidung. Solle das ausnahmsweise anders sein, müsse das Grundgesetz dies eindeutig zum Ausdruck bringen. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG aber tue das nicht.<sup>316</sup> Die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und Art. 100 Abs. 1 GG vorgesehenen Normenkontrolle regelten den Rechtsschutz gegen Gesetze angesichts dessen abschließend.<sup>317</sup>

Wie die inzwischen überwiegende Auffassung der Literatur herausgearbeitet hat, überzeugt das nicht.<sup>318</sup> Schon in sprachlicher Hinsicht krankt die Position des BVerfG daran, dass Art. 19 Abs. 4 GG ganz allgemein von der „öffentlichen Gewalt“ spricht und damit einen Begriff aufgreift, für den auch das BVerfG

<sup>314</sup> Siehe aus der Rechtsprechung BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401); 25, 352 (365); 45, 297 (334); 75, 108 (165); 112, 185 (207); aus dem Schrifttum etwa C. Enders, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2022, Art. 19 Rn. 59; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, § 10 Rn. 337; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 GG Rn. 51; S. Rixen, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2022, § 131 Rn. 17; M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 124; G. Lübbecke-Wolff, in: Festschrift für W. v. Simson, 1983, S. 137 (138) spricht insofern gar von einer „kaum bestreitbare[n] Auslegung“.

<sup>315</sup> BVerfGE 24, 33 (49f.), Zitat auf S. 49.

<sup>316</sup> BVerfGE 24, 33 (50).

<sup>317</sup> BVerfGE 24, 33 (50); wohl auch H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 GG Rn. 51; kritisch dazu H. Maurer, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 467 (480).

<sup>318</sup> Gegen einen Ausschluss der Gesetzgebung aus dem Begriff der „öffentlichen Gewalt“ i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG etwa C. Ernst, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 131; A. Funke, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 19 IV Rn. 37; J. Kuffer, Die Normsetzung als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG, 1976, S. 19ff.; D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 162ff.; H. Maurer, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 467 (479f.); H.-J. Papier, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 40; W.-R. Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 28ff.; ders., in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR III, 2009, § 78 Rn. 26ff.; ders., in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 428ff. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); mit Einschränkungen auch E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 93f. (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

selbst im Rahmen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG keine Zweifel daran hat, dass er auch die Legislative einschließt.<sup>319</sup> Die systematische Stellung am Ende des Grundrechtsteils des Grundgesetzes legt zudem nahe, dass der in Art. 19 Abs. 4 GG angesprochene Rechtsschutz gerade der Sicherung der materiellen Grundrechte dienen soll, die nach Art. 1 Abs. 3 GG aber eben auch den Gesetzgeber verpflichten.<sup>320</sup> Der im Parlamentarischen Rat geäußerte Anspruch, durch Art. 19 Abs. 4 GG „das Verfahren zu kennzeichnen, wodurch die materiellen Grundrechte verfahrensmäßig gesichert“ werden,<sup>321</sup> würde daher nur unvollständig eingelöst, erstreckte sich die Rechtsschutzgarantie nicht auf die parlamentarische Gesetzgebung. Da die Rechtsformen von Gesetz und Einzelakt im modernen Staat vielfach austauschbar sind und selbstvollziehende Gesetze die Rechte der Einzelnen nicht weniger direkt oder intensiv berühren als Akte der Verwaltung, besteht auch in teleologischer Hinsicht kein Grund dafür, im Hinblick auf den Rechtsschutz zwischen beiden zu differenzieren.<sup>322</sup> Die besseren Argumente sprechen angesichts dessen dafür, den Rechtsschutzanspruch des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auch auf solche (behaupteten) Rechtsverletzungen zu erstrecken, die unmittelbar auf einen Akt der Parlamentsgesetzgebung zurückgehen.

(2) *Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse*

Keinesfalls vorentschieden ist mit dem Befund, dass sich die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie auch gegen parlamentarische Gesetzgebungsakte richtet, ob auch Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume der Gesetzgebung an Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu messen sind. Führt man sich die genaue Bedeutung der Frage vor Augen, fällt die Antwort indes nicht schwer. Denn ebenso wie im Fall administrativer Letztentscheidungsspielräume führen auch legislative Entscheidungsspielräume nicht zu einer Rücknahme der verfassungsrechtlichen Bindung des Gesetzgebers, sondern sie betreffen allein die Kompetenzfrage, ob dem Gesetzgeber oder den Gerichten die Befugnis zusteht, die unvollständige

<sup>319</sup> W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 429 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020), der daran erinnert, dass der Begriff bereits in Art. 131 WRV mit entsprechender Bedeutung verwendet wurde; auf den Wortlaut verweist auch D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 163.

<sup>320</sup> W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 431 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

<sup>321</sup> So A. Süsterhenn in der 32. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 11.1.1949, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5/I Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, S. 927.

<sup>322</sup> D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 165; W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 432ff. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 93 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

grundgesetzliche Determinierung gesetzgeberischer Entscheidungen im Wege eigener Normkonkretisierungen zu ergänzen. Den Rechtsschutzanspruch des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auch auf die rechtlich nicht voll determinierten Teile gesetzgeberischer Entscheidungen zu erstrecken, bedeutete angesichts dessen allerdings nicht weniger, als Gesetzgebungsentscheidungen im Streitfall der dogmatischen Rechtsfortbildung seitens der Gerichte unterzuordnen. Die Folge wäre eine Vollkonstitutionalisierung der Rechtsordnung, die die verfassungsrechtliche Gesetzgebungsfunktion in die Nähe eines bloßen Verfassungsvollzugs rückte und ihr jede Eigenständigkeit nähme.<sup>323</sup> Mit der gewaltenteiligen Funktionenordnung des Grundgesetzes im Allgemeinen und dem verfassungsrechtlich verankerten Gesetzgebungsrecht von Bundestag und Bundesrat im Besonderen ließe sich ein solches Verständnis des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht in Einklang bringen. Es ließe der Legislative keinen Raum für eigene Gestaltungsentscheidungen. Das im Schrifttum verbreitete Plädoyer dafür, die normative Grundlage von Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume der Gesetzgebungsorgane in deren verfassungsrechtlicher Kompetenz zur Gesetzgebung zu sehen,<sup>324</sup> bringt diese Einsicht ebenfalls treffend zum Ausdruck. Denn auf Spielräume kann Gesetzgebung nicht verzichten.

Das BVerfG beruft sich zur Begründung kontrollfreier Spielräume der Gesetzgebungsorgane dennoch nicht auf die Befugnis zur Gesetzgebung. Stattdessen verweist es schlicht darauf, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle nicht weiter reichen könne als die verfassungsrechtliche Bindung der kontrollierten Stelle.<sup>325</sup> Gesetzgeberische Entscheidungsspielräume erscheinen im Lichte die-

<sup>323</sup> Hiergegen prägnant auch *T. v. Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, 1989, S. 36.

<sup>324</sup> Vgl. *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 226 ff.; in diese Richtung auch *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2010, S. 262.

<sup>325</sup> Ausführlich dazu *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2010, S. 244 ff., 261, 484; deutlich auch *K. Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (112): „[D]er Gesetzgeber hat Freiheit, weil es insoweit an rechtlichen Maßstäben in der Verfassung mangelt“; *ders./S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 530: Gesetzgeber genießt Gestaltungsspielraum, „weil es für den betreffenden Sachbereich an verfassungsrechtlichen Regelungen und Bindungen im Sinne einer Kontrollnorm fehlt“; wohl auch *A. Bleckmann*, Ermessensfehlerlehre, 1997, S. 145 f.; in der Sache ebenso *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 270 f., der auf *G. Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 37 f. und *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 135 ff. verweist. In eine ähnliche Richtung zielen auch die Ansätze, die den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers durch die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollnorm zu begründen versuchen, also der Vorstellung, dass die verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers in der Handlungsperspektive weiter reiche als diejenige des Gesetzgebers in der Kontrollperspektive. Die Spielräume des Gesetzgebers sind in dieser Vorstellung ebenfalls die – freilich eher faktische – Folge der begrenzten Reichweite der (an die Kontrollorgane adressierten) Gehalte des materiellen Rechts, vgl. dazu etwa *D. O. Burchardt*, Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis, 2004, S. 274 ff.; *W. Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 49 ff.; *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 406 ff.; *M. Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 147 ff.; aus rechtsvergleichender Perspektive für das deutsche Verfas-



ser Rechtsprechungslinie als geradezu unausweichliche Folge der zurückgenommenen Dichte verfassungsrechtlicher Regelungen.

Wenngleich dieser Hinweis auf die Grenzen der Kontrollmaßstäbe aus der Rechtsprechung zu administrativen Letztentscheidungsermächtigungen vertraut klingt, so besteht doch ein entscheidender Unterschied: Während das BVerfG im Hinblick auf administrative Spielräume insistiert, diese müssten (zusätzlich) normativ eingeräumt werden, sucht man die entsprechende Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage in der Rechtsprechung zu gesetzgeberischen Spielräumen vergeblich.<sup>326</sup> Und auch im Schrifttum hat sich in Bezug auf Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers bislang kein Äquivalent zur normativen Ermächtigungslehre ausgebildet.<sup>327</sup> Für die Frage nach der Reichweite des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist das deshalb aufschlussreich, weil die normative Ermächtigungslehre das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für administrative Letztentscheidungsermächtigungen gerade auf den Vorbehalt des Gesetzes stützt, der derartige Letztentscheidungsrechte der Verwaltung deshalb von einer gesetzgeberischen Entscheidung abhängig macht, weil diese die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG beschränken.<sup>328</sup> Dass der Gesetzgeber nach allgemeiner Auffassung keiner entsprechenden Ermächtigung bedarf, um die Spielräume des Verfassungsrechts letztverbindlich zu konkretisieren, bestätigt so unausgesprochen zugleich, dass weder das BVerfG noch das Schrifttum gesetzgeberische Letztkonkretisierungsbefugnisse an der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie messen.

Unabhängig davon, ob gesetzgeberische Einschätzungs- und Gestaltungsprärogativen auf die verfassungsrechtliche Gesetzgebungsbefugnis zurückgeführt oder als Folge der begrenzten verfassungsrechtlichen Bindung und damit der Offenheit des Verfassungsrechts verstanden werden, begegnete es schließlich auch normhierarchischen Bedenken, sie an Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu messen. Denn während die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie den einfachen Gesetzgeber bindet, müssen Letztentscheidungsbefugnisse des Gesetzgebers, die ihrerseits im Verfassungsrecht verankert sind, ihm schon deshalb nicht

---

sungsrecht kritisch zu solchen Ansätzen *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2010, S. 234 ff.; siehe ferner *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 388 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen auf S. 389 in Fn. 1464.

<sup>326</sup> Entsprechende Anklänge aber bei *R. Prokisch*, Die Justiziabilität der Finanzverfassung, 1993, S. 237.

<sup>327</sup> Ausdrücklich anders aber *J. H. Klement*, Verantwortung, 2006, S. 290: „Die Lehre von der normativen Ermächtigung gilt also auch für das Verfassungsrecht.“

<sup>328</sup> Vgl. etwa *J. Ziekow*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwRI, 2021, § 14 Rn. 67; ebenso auch *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 516; *ders.*, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Bd. II, 2019, S. 1771 (1803), nach dem eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich sein soll, weil die Rücknahme der Kontrolldichte einen Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG darstelle; *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 71, 74.

genügen, weil über die materielle Verfassungsmäßigkeit des (einfachen) Verfassungsrechts einzig Art. 79 Abs. 3 GG entscheidet. Insbesondere das BVerfG sieht die Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes indes nicht von den in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Grundsätzen erfasst.<sup>329</sup> Da die Ewigkeitsgarantie restriktiv auszulegen sei, um systemimmanente Modifikationen nicht über Gebühr zu begrenzen, gelte es den Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG ernst zu nehmen.<sup>330</sup> Auf Art. 19 Abs. 4 GG verweise dieser aber eben nicht.<sup>331</sup> Im Schrifttum wird hingegen mit guten Gründen bezweifelt, ob es überzeugt, der Rechtsschutzgarantie derart pauschal die Änderungsfestigkeit abzusprechen.<sup>332</sup> Auch wenn Art. 19 Abs. 4 GG in Art. 79 Abs. 3 GG keine ausdrückliche Erwähnung finde, so sei das Bedürfnis nach einer Rechtskontrolle staatlichen Handelns doch jedenfalls mit der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzes- und Verfassungsbindung der staatlichen Organe untrennbar verbunden. Als Effektivitätsbedingung des Gesetzmäßigkeitsprinzips schließe dessen Änderungsfestigkeit daher auch die Garantie des Rechtsschutzes gegen staatliches Handeln ein. Indes belegt der Bezug auf die Gesetzes- und Verfassungsbindung des Staates, dass sich der änderungsfeste Kern der Rechtsschutzgarantie auf die Durchsetzung vorgegebener Rechtsmaßstäbe beschränkt. Ungeachtet der theoretischen Schwierigkeiten, die die Abgrenzung von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung bereitet, garantieren Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG den Rechtsweg daher lediglich so weit, wie die rechtliche Bindung der kontrollierten Stelle reicht. Auf die eigenständigen Rechtserzeugungsleistungen, die Verwaltung oder Legislative dort erbringen, wo der Rahmen des rechtlich vorgegebenen endet, erstreckt sich der änderungsfest garantierte Rechtsschutz folglich nicht.

### (3) Zwischenergebnis

Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume der Gesetzgebungsorgane sind, so lässt sich im Lichte dieser Überlegungen festhalten, weder an Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG noch an dessen änderungsfestem Kern zu messen. Für die Frage, ob die mit ihnen verbundenen Einschränkungen der (verfassungs-)gerichtlichen Kontrollichte ein ausgleichsbedürftiges Defizit begründen, bietet die verfassungsrecht-

<sup>329</sup> BVerfGE 30, 1 (25); ausführlich zur Frage der Änderungsfestigkeit des Art. 19 Abs. 4 GG H. Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973, S. 155 ff.

<sup>330</sup> BVerfGE 30, 1 (25).

<sup>331</sup> BVerfGE 30, 1 (25).

<sup>332</sup> Dazu sowie zum Folgenden B.-O. Bryde, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 61; M. Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 Rn. 154 (Stand: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014); explizit für die Einbeziehung der Rechtsschutzgarantie etwa O. Depenbeuer, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. I, 2022, § 10 Rn. 65 sowie in der Sache auch A. Rbib, Beurteilungsspielräume im Europäischen Verwaltungsrecht am Beispiel des Migrations- und Umweltrechts, 2023, S. 302 f.

liche Rechtsschutzgarantie folglich keinen Maßstab. Die Kompensationsthese findet in ihr folglich keine Stütze.

*c) Vereinbarkeit mit dem aus der Verfahrensdimension der Grundrechte folgenden Gebot umfassenden Rechtsschutzes*

Ob die mit administrativen oder legislativen Letztentscheidungsbefugnissen einhergehende Begrenzung des gerichtlichen Kontrollzugriffs ein aus verfassungsrechtlicher Perspektive ausgleichsbedürftiges Defizit darstellt, wird neben Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zuweilen auch an der Verfahrensdimension der Grundrechte gemessen. Vor allem die Stimmen, die für die Beurteilung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse nicht auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zurückgreifen wollen, verweisen stattdessen auf die im Einzelfall berührten materiellen Grundrechte, um zu erklären, dass auch die Einräumung von Letzt konkretisierungsbefugnissen der Verwaltung verfassungsrechtlichen Grenzen unterliegt. Nicht aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, sondern aus den jeweils betroffenen Einzelgrundrechten soll demnach folgen, dass Letztentscheidungsermächtigungen der Verwaltung einer Rechtfertigung – in der Kompensationsterminologie: eines Ausgleichs – bedürfen. Den Ansatzpunkt für diese These bildet die Verfahrensdimension der Grundrechte, der nach einer vor allem in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung etablierten Auffassung auch das Gebot umfassenden Rechtsschutzes zu entnehmen ist (dazu lit. aa). Indes weist diese Argumentationslinie gleich zwei Schwachstellen auf: Erstens bedarf die Rechtsschutzgarantie – jedenfalls im Hinblick auf die Gewährleistung gerichtlicher Kontrolle – keiner grundrechtlichen Hilfsbegründung, weil sie in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bereits umfassend verankert ist (dazu lit. bb). Und zweitens eignet sich die grundrechtliche Fundierung selbst dann nicht als Maßstab für die Einräumung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, wenn man das mit den Befürwortern der skizzierten These anders sieht. Denn die zu schützenden materiellen (Grund-)Rechtspositionen geben keine Antwort auf die Kompetenzfrage, wer die Spielräume ausfüllen soll, die sie eröffnen (dazu lit. cc). Für Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume der Gesetzgebungsorgane stellt sich das im Ergebnis nicht anders dar (dazu lit. dd).

*aa) Grundlagen: Umfassender Rechtsschutz als Gebot prozeduralen Grundrechtsschutzes*

Die mit der Idee der Verfahrensdimension der Grundrechte verbundene Vorstellung, dass die materiellen Grundrechtsgarantien auch prozedurale Gehalte verbürgen, ist im Grundsatz beinahe unbestritten.<sup>333</sup> Freilich bedeutet das keines-

<sup>333</sup> Eingehend zum Grundrechtsschutz durch Verfahren etwa *D. Bergner*, Grundrechtsschutz durch Verfahren, 1998, insbes. S. 105 ff.; *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, S. 43 ff.; *H. Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; *D. Grimm*, NVwZ

falls, dass auch über ihre konkreten rechtsdogmatischen Folgen Einigkeit bestünde.<sup>334</sup> Die Einsicht allerdings, dass bereits „unmittelbar aus [jedem Grundrecht] die Pflicht [folgt], bei Eingriffen in dieses Grundrecht einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren“,<sup>335</sup> zählt zu den zumindest in der Rechtsprechung des BVerfG gesicherten Elementen prozeduralen Grundrechtsschutzes.<sup>336</sup> Ausgehend von seiner Entscheidung zum Hamburger Deichordnungsgesetz<sup>337</sup> hat das BVerfG dieses grundrechtsimmanente Gebot umfassenden Gerichtsschutzes zwar zunächst allein für die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG entwickelt,<sup>338</sup> die entsprechende prozedurale Grundrechtsdeutung in der Folge aber geradezu selbstverständlich auf weitere Freiheitsrechte ausgedehnt.<sup>339</sup> Ihre Begründung findet diese Rechtsschutzdimension der Grundrechte einzig in dem diffusen Interesse an der Effektivität des Grundrechtsschutzes, das freilich für alle Grundrechte in gleicher Weise besteht. Folgt man der Karlsruher Judikatur, so ist materiellen Grundrechtsgarantien folglich stets das Gebot eingeschrieben, effektiven Rechtsschutz zu ihrer Durchsetzung zu eröffnen. Nicht nur aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, sondern bereits aus dem betroffenen Grundrecht selbst soll sich demnach eine „Garantie gerichtlicher Kontrolle“<sup>340</sup> ergeben. Inhaltlich gewährleiste diese – analog zu Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – eine vollständige gerichtliche Rechtsanwendungskontrolle, die neben der Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften auch die Feststellung der entscheidungsrelevanten Tatsachen und deren Subsumtion unter die maßgeblichen Normen einschließe.<sup>341</sup>

---

1985, S. 865; *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984; *P. M. Huber*, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, 1988; *W. Kabl*, VerwArch 95 (2004), S. 1; *H.-W. Laubinger*, VerwArch 73 (1982), S. 60; *F. Ossenbühl*, in: Festschrift für K. Eichenberger, 1982, S. 183 (insbes. 189 ff.); *E. Schmidt-Aßmann*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR II, 2006, § 45; *ders.*, AÖR 142 (2017), S. 325 (338 ff.); *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017; konziser Rechtsprechungsüberblick auch bei *K. Hesse*, EuGRZ 1978, S. 427 (434 ff.).

<sup>334</sup> Siehe zur Unsicherheit konkreter dogmatischer Ableitungen etwa *E. Schmidt-Aßmann*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR II, 2006, § 45 Rn. 22 der insofern auf *M. Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 255 ff., *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000, S. 232 ff. und *M. Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997, S. 328 ff. verweist.

<sup>335</sup> BVerfGE 46, 325 (334); in der Sache ebenso BVerfGE 35, 348 (361 f.); 37, 132 (141, 148); 39, 276 (294); 46, 325 (334); 49, 220 (225, 242); 50, 16 (30 f.); 51, 150 (156); 52, 380 (389); 52, 391 (407); 56, 216 (236, 242); grundlegend bereits BVerfGE 24, 367 (401): „Nach der grundgesetzlichen Konzeption ist hiernach ein effektiver – den Bestand des Eigentums sichernder – Rechtsschutz ein wesentliches Element des Grundrechts selbst.“

<sup>336</sup> *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 259 in Fn. 1449 bezeichnet die Position zudem als herrschende Meinung.

<sup>337</sup> BVerfGE 24, 367 (401).

<sup>338</sup> BVerfGE 35, 348 (361 f.); 37, 132 (141, 148); 45, 297 (322, 333); 46, 325 (334); 49, 220 (225, 242); 51, 150 (156); 52, 380 (389).

<sup>339</sup> BVerfGE 39, 276 (294); 50, 16 (30 f.); 52, 380 (389 f.); 52, 391 (407); 56, 216 (236, 242).

<sup>340</sup> BVerfGE 45, 297 (333).

<sup>341</sup> *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl.

*bb) Überflüssige Maßstabsdopplung?*

Die Literatur ist dieser Fortbildung des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes vor allem mit dem naheliegenden Einwand entgegengetreten, dass es eines eigenständigen, in den materiellen Grundrechten fundierten Rechtsschutzgebots im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG überhaupt nicht bedürfe<sup>342</sup> und die Verlagerung der Rechtsschutzgarantie in die materiellen Einzelgrundrechte dessen „Klammerfunktion“ unterlaufe.<sup>343</sup> Ohne dass das BVerfG diesen Einwand je direkt adressiert hätte, scheint es die Kritik doch vor allem deshalb nicht zu teilen, weil das Rechtsschutzgebot des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ausgehend von den eigenen Prämissen der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur insbesondere im Hinblick auf den Rechtsschutz gegen Parlamentsgesetze Lücken aufweist.<sup>344</sup> Wie oben bereits skizziert, zählt die Legislative nach Auffassung des BVerfG nämlich nicht zur „öffentlichen Gewalt“, wie sie Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG in Bezug nimmt.<sup>345</sup> Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund wird die Funktion des grundrechtsimmanenten Rechtsschutzgebots darin gesehen, die Lücken zu füllen, die Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG hinterlässt.<sup>346</sup> Mit der ungeschriebenen grundrechtlich begründeten Rechtsschutzgewähr reagiert das BVerfG in dieser Deutung auf die (selbstverschuldeten) blinden Flecken der verfassungsrechtlich ausdrücklich normierten Rechtsschutzgarantie. Richtigerweise besteht für den Gerichtsschutz gegen Parlamentsgesetze indes überhaupt kein entsprechendes Defizit, weil die vom BVerfG propagierte restriktive Lesart des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht überzeugt.<sup>347</sup> Auch hier auf die Verfahrensdimension der Grundrechte zu verweisen, führte folglich zu einer Maßstabsdopplung, für die im Hinblick auf die Gewähr gerichtlichen Rechtsschutzes kein Anlass besteht.<sup>348</sup>

2013, § 50 Rn. 260; weitergehend *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 158 f.

<sup>342</sup> *H. Bethge*, NJW 1982, S. 1 (5 f.); *H.-W. Laubinger*, VerwArch 73 (1982), S. 60 (83); *D. Lorenz*, JURA 1983, S. 393 (396); *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 19 Rn. 16; *A. v. Mutius*, NJW 1982, S. 2150 (2155 f.); insofern kritisch zum Verhältnis auch *D. Lorenz*, AöR 105 (1980), S. 623 (639 f.); *H. Maurer*, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 467 (477); kritisch ferner *W.-R. Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 43.

<sup>343</sup> *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 130 ff.

<sup>344</sup> Auf die entsprechend begrenzte Reichweite des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verweist im Zusammenhang mit der Rechtsschutzfunktion der Grundrechte denn auch bereits BVerfGE 24, 367 (401).

<sup>345</sup> Siehe oben § 5 IV 2 b) cc) (1) sowie aus der Rechtsprechung BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401); 25, 352 (365); 45, 297 (334); 75, 108 (165); 112, 185 (207).

<sup>346</sup> Auf den Zusammenhang mit der restriktiven Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG durch das BVerfG weisen etwa hin *H. Bethge*, NJW 1982, S. 1 (5 f.); *K. Löwer*, NJW 1969, 832 (833); *G. Lübbe-Wolff*, in: Festschrift für W. v. Simson, 1983, S. 137 (138 f.); *A. v. Mutius*, NJW 1982, S. 2150 (2155); *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 236.

<sup>347</sup> Siehe schon oben § 5 IV 2 b) cc) (1).

<sup>348</sup> Die eigenständige Bedeutung des grundrechtsimmanenten Rechtsschutzgebots wird

cc) *Das grundrechtsimmanente Rechtsschutzgebot als Maßstab für administrative Letztentscheidungsbefugnisse*

Gerade für die verfassungsrechtliche Beurteilung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse wird dem grundrechtsimmanenten Rechtsschutzgebot zuweilen dennoch eine eigenständige Bedeutung zugemessen. So plädieren vor allem die (vereinzelt) Stimmen im Schrifttum, die die allgemeine Rechtsschutzgarantie im Hinblick auf Letztentscheidungsermächtigungen der Verwaltung für unanwendbar halten, dafür, administrative Letztentscheidungsbefugnisse stattdessen an der Rechtsschutzgarantie zu messen, die sich aus der Verfahrensdimension der materiellen Grundrechte ergebe.<sup>349</sup> Während die Begründung hierfür zuweilen knapp und vage bleibt<sup>350</sup> oder sich in offenkundige Widersprüche verstrickt,<sup>351</sup> hat sich zuletzt vor allem *Florian Gonsior* um eine eingehende Verteidigung dieser Position bemüht.<sup>352</sup> Er stützt sich dabei auf die Erwägung, dass „die (materiell-)grundrechtliche Forderung nach Verfahren zur effektiven Rechtsschutzgewähr vom Grundsatz her weiter reich[e] als die von Art. 19 Abs. 4 GG verlangte bloße Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen anhand der einfachrechtlich gesetzten Maßstäbe“.<sup>353</sup> Anders als Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verlange der über die Verfahrensdimension der materiellen Grundrechte vermittelte Rechtsschutzanspruch nämlich einen „vollumfassenden Rechts-

---

angesichts dessen denn zuweilen auch darin gesehen, dass es Rechtsschutz jenseits der gerichtlichen Durchsetzung, also insbesondere im Verwaltungsverfahren, garantiert, so etwa *P. M. Huber*, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, Bd. II, 2019, S. 1771 (1776); *E. Schmidt-Aßmann*, *Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes*, 2015, S. 13.

<sup>349</sup> Siehe insbes. *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 49; *F. Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 154 ff.; mit dieser Position sympathisierend offenbar auch *K. Redeker*, *NVwZ* 1992, S. 305 (309); das grundrechtsimmanente Rechtsschutzgebot neben Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ergänzend heranziehend *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR III*, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 259 f.

<sup>350</sup> So etwa bei *M. Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 49.

<sup>351</sup> So etwa bei *F. Schoch*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR III*, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 260 f., der einerseits auch im Hinblick auf die grundrechtsimmanente Rechtsschutzgarantie bemerkt, „die gerichtliche Überprüfung des Verwaltungshandelns [könne] nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Exekutive“ (ebd., Rn. 261), die Einräumung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse dann aber dennoch an ihr messen will (ebd. Rn. 263).

<sup>352</sup> *F. Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 154 ff.

<sup>353</sup> *F. Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 159; anders als das Zitat anzunehmen scheint, beschränkt sich die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG freilich nicht auf die Durchsetzung einfachrechtlicher Rechtspositionen, sondern erfasst auch solche des Verfassungsrechts, insbesondere die Grundrechte, siehe BVerfGE 13, 273 (310); *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 118, 121 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

schutz, und zwar auch gegenüber solchen Entscheidungen, die zwar rechtmäßig[,] aber unzumutbar sind[,] bzw. gegenüber Beurteilungen, die von der Verwaltung in rechtmäßiger Ausübung ihres Beurteilungsspielraums getroffen wurden und die sich als falsch oder unsachgemäß herausstellen“.<sup>354</sup> Ihren Ausgang nimmt die Argumentation dabei bei der zutreffenden Einsicht, dass Letztentscheidungsspielräume dort ihren Platz haben, wo die vorgegebenen Rechtsmaßstäbe die Entscheidung nicht abschließend determinieren und daher notwendigerweise andere Entscheidungskriterien – *Gonsior* bezeichnet diese zusammenfassend als Zweckmäßigkeit- oder Sachrichtigkeitserwägungen<sup>355</sup> – hinzutreten. Die Besonderheit des grundrechtlichen Rechtsschutzgebots besteht *Gonsior* zufolge nun darin, dass es die Pflicht enthält, auch die nicht durch rechtliche Maßstäbe bestimmten Entscheidungsteile der gerichtlichen Kontrolle zu unterstellen. Erforderlich sei das deshalb, weil auch „eine Maßnahme, die zwar rechtmäßig, aber zweckwidrig ist, [...] trotz ihrer Rechtmäßigkeit belastend [bleibe]“.<sup>356</sup> Am belastenden Charakter einer Maßnahme und „an der Grundrechtsbetroffenheit und damit an der Rechtsschutzbedürftigkeit der Betroffenen“ ändere aber auch die mit Letztentscheidungskompetenzen einhergehende Kompetenzverschiebung zwischen zweiter und dritter Gewalt nichts.<sup>357</sup>

Erkennbar bildet die Annahme, auch rechtmäßige, aber zweckwidrige Maßnahmen könnten belastend sein, die zentrale Prämisse in *Gonsiors* Argument. Worin genau diese Belastung besteht, bleibt dabei allerdings dunkel. Soll die Prämisse den Schluss stützen, dass sich die gerichtliche Kontrolle auch auf die rechtlich nicht determinierten Teile einer Entscheidung erstrecken muss, so kann die besagte Belastung jedenfalls nicht daraus folgen, dass die Maßnahme rechtlich geschützte Positionen ihrer Adressaten beeinträchtigt. Wäre eine derart rechtlich konturierte Belastung gemeint, müsste nicht nur die Fokussierung auf zweckwidrige, aber *rechtmäßige* Maßnahmen irritieren; auch bliebe die von *Gonsior* geforderte Kontrolle der belastenden Maßnahme damit am Ende doch auf eine Kontrolle an vorgegebenen Rechtsmaßstäben begrenzt. Eine solche ließe sich erstens aber selbst nach der engen Auslegung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG über die klassische Rechtsschutzgarantie gewährleisten. Und zweitens böte sie für die Einräumung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse schon deshalb keinen Maßstab, weil diese sich – wie auch *Gonsior* richtig betont – auf die rechtlich nicht determinierten Teile einer Entscheidung beziehen. Wenn die von ihm angeführte Belastung demnach aber nur aus Nachteilen nicht-rechtlicher

<sup>354</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 159.

<sup>355</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 155 f.

<sup>356</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 159.

<sup>357</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 159.

Art erwachsen kann, gibt die Folgerung, dass die Verfahrensdimension der Grundrechte auch deren gerichtliche Kontrolle erfordere, Rätsel auf. Sie setzte voraus, dass das grundrechtlich begründete Rechtsschutzgebot eine gerichtliche Kontrolle erforderte, deren Maßstab über die materiellen Grundrechtsgarantien selbst hinausginge. Auf die von *Gonsior* zugrunde gelegte Annahme, durch die Verfahrensdimension der Grundrechte solle „der Schutz der materiellen Grundrechtsgehalte sichergestellt bzw. verstärkt werden“,<sup>358</sup> dürfte sich das kaum stützen lassen. Vielmehr liefern die Grundrechte selbst kein Argument dafür, aus mehreren rechtmäßigen (und damit auch grundrechtskonformen) Entscheidungsoptionen gerade die auszuwählen, die außerrechtlichen Zweckmäßigkeitkriterien am ehesten gerecht wird. Dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG den Gerichten demgegenüber im Grundsatz die Kompetenz zuspricht, eine behördliche Entscheidung auch dann durch eine eigene zu ersetzen, wenn diese rechtlich vertretbar erscheint, hat seinen Grund – wie oben gezeigt – denn auch nicht in dem Gehalt der durchzusetzenden Rechtspositionen, sondern in Erwägungen der Gewaltenteilung (Stichwort: organadäquate Funktionszuordnung) und der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung.<sup>359</sup> Eine besondere Beziehung zum materiellen Grundrechtsschutz weisen sie nicht auf, weshalb es auch nicht überzeugte, sie auch für eine extensive Interpretation der Rechtsschutzdimension der Grundrechte fruchtbar zu machen. Maßstäbe, die über diejenigen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG hinausgingen, ließen sich auf diese Weise ohnehin nicht gewinnen. Für die Frage, ob administrative Letztentscheidungsbefugnisse ein unter verfassungsrechtlichen Prämissen ausgleichendes Defizit darstellen, kommt dem Rechtsschutzgehalt der Grundrechte daher keine eigenständige Bedeutung zu.

*dd) Das grundrechtsimmanente Rechtsschutzgebot als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse*

Anders als Letztentscheidungsermächtigungen der Verwaltung wird gesetzgeberischen Einschätzungs- und Gestaltungsspielräumen bislang nicht entgegengehalten, dass sie im Lichte des aus der Verfahrensdimension der Grundrechte abgeleiteten Rechtsschutzgebots einer Rechtfertigung bedürften. Über die Gründe für diese Zurückhaltung mag man spekulieren, im Ergebnis jedenfalls überzeugt sie. Denn auch die behauptete Rechtsschutzdimension der Grundrechte vermag nicht zu erklären, weshalb die durch legislative Entscheidungsspielräume bedingte Limitierung der gerichtlichen Kontrolle ein ausgleichsbedürftiges Defizit darstellen soll.

---

<sup>358</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 155 unter Verweis auf *E. Schmidt-Aßmann*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR II, 2006, § 45 Rn. 4.

<sup>359</sup> Siehe oben § 5 IV 2 b) bb) (2).



So verlieren die Einwände, denen der Versuch begegnet, administrative Letztentscheidungsbefugnisse an der grundrechtsimmanenten Rechtsschutzgarantie zu messen, auch im Hinblick auf Letzt Konkretisierungsbefugnisse der Gesetzgebungsorgane nicht an Durchschlagskraft. Da die Befugnis zur letztverbindlichen Konkretisierung materiell-rechtlicher Spielräume stets die in materieller Hinsicht nicht abschließend determinierten Teile einer Entscheidung betrifft, lässt sich auch der spielraumausfüllenden Selbstprogrammierung seitens der Legislative nicht das Interesse an der effektiven Durchsetzung der materiellen Grundrechtsgehalte entgegensetzen.<sup>360</sup> Denn soweit deren Vorgaben reichen, bleiben sie schließlich auch dann verbindlich, wenn die Legislative und nicht die Judikative die durch sie eröffneten Spielräume ausfüllt. Für die Normkonkretisierung innerhalb bestehender materiell-rechtlicher Spielräume liefern die Grundrechte daher keinen Maßstab. Für Normkonkretisierungen durch die Gesetzgebungsorgane gilt das ebenso wie für solche durch die Verwaltung.

Und auch die oben bereits gegen die Erstreckung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf Einschätzungs- und Gestaltungsprärogativen der Gesetzgebungsorgane angestellten Überlegungen verbieten es, legislative Letztentscheidungsbefugnisse am Maßstab des grundrechtsimmanenten Rechtsschutzgebots zu messen.<sup>361</sup> Die Frage, was vom Gesetzgebungsrecht der Volksvertretung noch bleibt, wenn die Kompetenz zur letztverbindlichen Ausfüllung verfassungsrechtlicher Rahmenvorgaben den Gerichten und nicht den Gesetzgebungsorganen zusteht, stellt sich unabhängig davon, ob die Rechtsprechung diese Kompetenz auf Grundlage von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG oder gestützt auf ein grundrechtsimmanentes Rechtsschutzgebot wahrnimmt. Angesichts dessen ist die eigenständige Gestaltungsfunktion der verfassungsrechtlich vorgesehenen Gesetzgebungsbefugnis bereits bei der Ableitung prozeduraler Grundrechtsgehalte zu berücksichtigen. Schon die systematische Auslegung der Grundrechte im Lichte der verfassungsrechtlichen Funktionenordnung lässt es daher nicht zu, die Normkonkretisierung auch im Verhältnis von Legislative und Judikative über ein ungeschriebenes, grundrechtsfundiertes Rechtsschutzgebot stets letzterer zuzuweisen. Und auch die normhierarchischen Bedenken bleiben: Gehen die Selbstprogrammierungsbefugnisse der Gesetzgebungsorgane auf die Unbestimmtheit verfassungsrechtlicher Vorgaben zurück, so lässt sich das grundrechtsimmanente Rechtsschutzgebot nur als Maßstab heranziehen, wenn und soweit die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG es rezipiert. Die Grundrechte selbst finden in Art. 79 Abs. 3 GG indes keine Erwähnung und zum änderungsfesten Menschenwürdekern der Grundrechte zählt ihre Verfahrensdimension nicht.<sup>362</sup> Selbst wenn man dem BVerfG zugesteht, dass den Grundrechten im Interesse

<sup>360</sup> Siehe soeben § 5 IV 2 c) cc).

<sup>361</sup> Siehe zum Folgenden soeben § 5 IV 2 b) cc) (2).

<sup>362</sup> Vgl. den umfassenden Überblick bei *M. Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 411 ff., in dem die Verfahrensdimension der Grundrechte nicht eigens erscheint.

ihrer Durchsetzung eine eigene Rechtsschutzgarantie zu entnehmen ist, taugt diese daher nicht als Maßstab für Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume der Gesetzgebungsorgane.

### *3. Inhaltsbedingte Beschränkungen der Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes*

Eine Kompensation durch Verfahren halten Rechtsprechung und Schrifttum schließlich zuweilen auch dann und deshalb für geboten, wenn und weil das materielle Recht Entscheidungen vorsieht, gegen die aufgrund ihrer besonderen inhaltlichen Charakteristika, also wegen der Art der Regelung, die sie enthalten, effektiver Rechtsschutz nur eingeschränkt möglich ist. Worin genau diese Rechtsschutzeinschränkungen bestehen und auf welche Eigenschaften und Faktoren sie zurückgehen, variiert dabei zwar (dazu lit. a). Doch bietet vor allem die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie fallübergreifende Maßstäbe, die auch auf die Frage der Ausgleichsbedürftigkeit der entsprechenden Rechtsschutzbeschränkungen Antwort geben (dazu lit. b).

#### *a) Erscheinungsformen*

In den Fallkonstellationen, in denen der Versuch prozeduraler Kompensation auf inhaltlich bedingte Rechtsschutzeinschränkungen reagiert, wird die Möglichkeit, effektiven Rechtsschutz zu erlangen, auf zwei unterschiedliche Weisen beschränkt. Erstens begegnen inhaltliche Rechtsschutzeinschränkungen in Form von faktischen Hindernissen, die den Zugang zu gerichtlicher Kontrolle erschweren. So verhindert etwa die Heimlichkeit polizei- und sicherheitsbehördlicher Maßnahmen deren gerichtliche Überprüfung, weil der oder die Betroffene von ihnen erst gar nicht erfährt und sie angesichts dessen auch nicht zur gerichtlichen Prüfung stellen kann. Daneben kann die inhaltliche Ausgestaltung einer Entscheidung zweitens auch zu faktischen oder rechtlichen Beschränkungen der auf dem Rechtsweg zu erreichenden Rechtsschutzziele führen und so ebenfalls die Effektivität der gerichtlichen Überprüfung limitieren. Die klassische Form dieser Art inhaltlich bedingter Rechtsschutzeinschränkungen ist der (teilweise) Wegfall des Primärrechtsschutzes gegen Maßnahmen, die aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht mehr rückgängig zu machen sind. Im Falle vergaberechtlicher Zuschlagsentscheidungen unterliegt der Gerichtsschutz etwa deshalb Grenzen, weil die Wirksamkeit des durch den Zuschlag zustande gekommenen Vertrages zwischen Auftraggeber und Bieter aus Rechtsgründen auch im Wege gerichtlichen Rechtsschutzes nicht mehr zu beseitigen ist – und zwar selbst dann, wenn sich das Vergabeverfahren oder die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig erweisen.<sup>363</sup> Und aus faktischen Gründen erleidet die Effektivität des Rechtsschutzes etwa in all den Fällen Einbußen,

---

<sup>363</sup> Dazu bereits oben § 3 IV 6 a).

in denen er sich gegen Eingriffsmaßnahmen wendet, die sich typischerweise schnell erledigen und für die vom Primärrechtsschutz daher nicht mehr übrig bleibt als die nachträgliche Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit.

*b) Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG*

*aa) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für inhaltlich bedingte Beschränkungen des Rechtsschutzes gegen Verwaltungsentscheidungen*

Den vorrangigen Maßstab für die verfassungsrechtliche Bewertung dieser Rechtsschutzeinschränkungen bildet Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Die von ihm verbürgte Garantie eines umfassenden und effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes strahlt über die oben bereits skizzierten Schutzgehalte hinaus auch auf das Verwaltungsverfahren aus (dazu lit. aa) und lässt Rückschlüsse auf die notwendigen gerichtlichen Rechtsfolgenanordnungen zu (dazu lit. bb). Ob Gleiches auch für das Gesetzgebungsverfahren gilt, ist indes weit weniger klar (dazu lit. cc).

*(1) Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Verwaltungsverfahren*

Obwohl in Rechtsprechung und Schrifttum unbestritten ist, dass der von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verbürgte Rechtsweg gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt gerade den Gerichtsweg meint, also den Rechtsschutz durch Organe der Rechtsprechung gewährleistet,<sup>364</sup> entnimmt nicht nur das BVerfG der Rechtsschutzgarantie auch Anforderungen an die Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren.<sup>365</sup> Gestützt auf die Erwägung, dass zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz ein funktionaler Zusammenhang besteht,<sup>366</sup> wird die Schutzwirkung des Art. 19 Abs. 4 S. 1

<sup>364</sup> G. Arentz, Der Rechtscharakter des Artikels 19 Absatz 4 des Grundgesetzes, 1963, S. 101; O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 20; H.-J. Papier, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 57; H. Schmelter, Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative, 1977, S. 99, 167; E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 173a (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020); titelgebend bei H. Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973.

<sup>365</sup> BVerfGE 101, 106 (123); 109, 279 (364); 118, 168 (207); 134, 242 (299); 143, 22 (28 f.); aus dem Schrifttum ebenso K. Hoof, Organisatorische Rückwirkungen der Art. 33 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf die Ausgestaltung beamtenrechtlicher Stellenbesetzungsverfahren, 2022, S. 347 f.; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 GG Rn. 89 ff.; F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 148; ausführlich und befürwortend, aber zur Zurückhaltung mahnend W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 700 ff. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); F. Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 140 ff., 148 ff.; in der Tendenz kritisch und einschränkend K. Windthorst, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 489 f.

<sup>366</sup> Ausführlich H. Jochum, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozeßrecht, 2004, die insofern eine „normative Konnexität“ ausmacht; ferner J. Schwarze, Der funktiona-

GG auf das Verwaltungsverfahren ausgedehnt, um sicherzustellen, dass die Rechtsschutzgarantie auch im Anschluss an dieses nicht leerläuft.<sup>367</sup> Die Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG beruhen so auf der zutreffenden Einsicht, dass die Art und Weise, wie Verwaltungsverfahren ausgestaltet und durchgeführt werden, die Möglichkeit der gerichtlichen Verwaltungskontrolle nicht unberührt lässt. Die Ausgestaltung und Durchführung des Verfahrens dürfe, so die konsequente Folgerung des BVerfG, „die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes nicht [...] unzumutbar erschwer[en] oder gar vereitel[n]“. <sup>368</sup> Ob die entsprechende Erschwernis auf rechtliche Vorgaben zurückgeht oder „durch die obwaltenden Umstände“ bedingt ist, hält das BVerfG dabei für irrelevant.<sup>369</sup>

Im Schrifttum wird dieser erweiternden Auslegung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vereinzelt das Argument entgegengehalten, dass sich die Rechtsschutzgarantie angesichts ihres Wortlauts, ihrer Entstehungsgeschichte und ihres Zwecks auf den gerichtlichen Rechtsschutz beschränke und der Text des Art. 19 Abs. 4 GG für die skizzierten Vorwirkungen eher keinen Raum lasse.<sup>370</sup> Gerade der Wortlaut bietet indes kein überzeugendes Argument dagegen, die Wirkungen der Rechtsschutzgarantie auch auf das Vorfeld gerichtlicher Verfahren zu erstrecken. Die Formulierung, der Rechtsweg „stehe offen“, lässt sich ohne größere Schwierigkeiten auch als Hinweis auf das Nichtbestehen von Zugangshindernissen lesen, ohne dass es sich notwendigerweise auf die rechtliche Eröffnung eines Rechtswegs beschränken müsste. Eine derart restriktive Deutung überzeugte zudem auch unter teleologischen Gesichtspunkten nicht. Vielmehr ist dem von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verfolgten Interesse effektiver Grundrechtswahrung<sup>371</sup> nicht wirksam Rechnung zu tragen, wenn man die Gewährleistung der faktischen wie rechtlichen Voraussetzungen effektiver Rechtsdurchsetzung aus dem Schutzbereich ausklammert und die Verwirklichungschancen der Rechtsschutzgarantie damit gewissermaßen dem Zufall überlässt. So weit gehen freilich auch die Kritiker nicht. Vorwirkungen, so formuliert etwa *Kay Windthorst* stattdessen einschränkend, seien durchaus anzuerkennen, aber eben nur, „wenn die rechtlichen oder tatsächlichen Bedingungen im vorprozessualen Bereich bei objektiver Betrachtung die Gefahr begründen oder erhöhen, dass die Gewährleistungen der Rechtsschutzgarantie im Prozess keinen oder nur un-

---

le Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974.

<sup>367</sup> *K. Windthorst*, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 489.

<sup>368</sup> BVerfGE 94, 166 (206); ebenso BVerfGE 134, 242 (299); 143, 22 (28f.); *C. Degenhart*, DVBl. 1982, S. 872 (878) bezeichnet das „als verfassungsrechtlich im Grundsatz [...] gesicherter[n] Richtpunkt“.

<sup>369</sup> BVerfGE 94, 166 (206); erkennbar skeptisch aber *K. Windthorst*, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 489 in Fn. 118.

<sup>370</sup> *K. Windthorst*, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 490.

<sup>371</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ 1999, S. 1330 (1331): „[D]as Gebot effektiven Rechtsschutzes ist primär auf die Rechtsverwirklichung [...] gerichtet“.

zureichenden Schutz vermitteln können“.<sup>372</sup> Das überzeugt und dürfte sich von der Linie der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im Ergebnis kaum unterscheiden. Für die Frage der Ausgleichsbedürftigkeit der skizzierten Fallkonstellationen folgt daraus: Auch faktische Beeinträchtigungen des Rechtsschutzzugangs, die sich aus der Eigenart des vorangegangenen Verwaltungsverfahrens, wie etwa der Heimlichkeit von Eingriffsmaßnahmen, ergeben, können sich im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als ausgleichsbedürftiges Defizit darstellen.

*(2) Belastungsbeseitigung als Merkmal effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG*

Für Rechtsschutzbeschränkungen, die sich daraus ergeben, dass bestimmte Verwaltungsentscheidungen selbst im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aus tatsächlichen Gründen nicht mehr rückgängig zu machen sind oder aus rechtlichen Gründen nicht revidiert werden können, gilt im Ergebnis nichts anderes. Auch sie können sich im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG als ausgleichsbedürftiges Defizit darstellen – allerdings unter einer einschränkenden Bedingung: Da Art. 19 Abs. 4 GG zwar die Wirksamkeit gerichtlichen Rechtsschutzes fordert,<sup>373</sup> die im Wege des Rechtsschutzes durchzusetzenden Rechtspositionen aber ihrerseits nicht begründet, sondern voraussetzt,<sup>374</sup> entscheidet nicht allein die Rechtsschutzgarantie, sondern in erster Linie das durchzusetzende subjektive Recht selbst darüber, ob ein wirksamer Rechtsschutz die Möglichkeit zur Abwehr oder Aufhebung der angegriffenen Entscheidung voraussetzt oder sich mit der Möglichkeit, ihre Rechtswidrigkeit feststellen zu lassen, sowie der Durchsetzung eventueller Ausgleichsansprüche begnügt.<sup>375</sup> Aus Art. 19 Abs. 4

<sup>372</sup> K. Windthorst, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 490.

<sup>373</sup> Zum entsprechenden Effektivitätsgebot etwa BVerfGE 129, 1 (20); H. Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973, S. 60f.; W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 645 ff. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 17f.; A. Uhle, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR V, 2013, § 129 Rn. 53 ff.; P. Wilfinger, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention, 1995, S. 8 ff., 36 ff., 46 ff.; anders aber K. Windthorst, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 497 ff: „Forderung nach adäquatem statt effektivem Rechtsschutz“.

<sup>374</sup> BVerfGE 84, 34 (49); 103, 142 (156); 129, 1 (20f.); C. Ernst, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 110; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 GG Rn. 41; W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 472 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); F. Schoch, JURA 2004, S. 612 (615); E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 119 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

<sup>375</sup> W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 346 ff. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

GG folgt insofern allein die zum materiellen Recht gewissermaßen akzessorische Forderung, dass das zuständige Gericht – so formuliert es das BVerfG – „bezogen auf das als verletzt behauptete Recht [...] über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügt, um der erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung abzuwehren“.<sup>376</sup> Verlangt das als verletzt gerügte Recht, wie etwa in grundrechtlichen Abwehrkonstellationen, ein staatliches Unterlassen, wird der gerichtliche Rechtsschutz der Effektivitätsforderung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG folglich nur dann gerecht, wenn der Tenor der gerichtlichen Entscheidung im Erfolgsfall auf Unterlassung oder Aufhebung der belastenden Maßnahme lauten kann; steht demgegenüber die Verletzung staatlicher Leistungspflichten im Raum, genügt der Gerichtsschutz dem Wirksamkeitspostulat nur dann, wenn er im Erfolgsfall mit einem vollstreckbaren Leistungsurteil endet.<sup>377</sup>

Insbesondere *Eberhard Schmidt-Aßmann* hat gegen diese Deutung des Art. 19 Abs. 4 GG die These stark gemacht, gerade im Verhältnis zum Staat seien den verfassungsrechtlichen Anforderungen stets schon dann Genüge getan, wenn die Möglichkeit bestehe, ein Feststellungsurteil zu erwirken.<sup>378</sup> Schließlich komme „die Verwaltung auf Grund ihrer Verantwortung vor den Institutionen des Rechtsstaates“ verwaltungsgerichtlichen Urteilssprüchen „normalerweise“ nach.<sup>379</sup> Das „Institut des Leistungsurteils und Vollstreckungsregelungen“ seien deshalb „normalerweise von der Garantie des Art. 19 Abs. 4 nicht umfasst“.<sup>380</sup> Denkt man das konsequent weiter, muss das auch für Gestaltungsurteile gelten, sofern – wie das regelmäßig der Fall sein wird – die Ausgangsbehörde im Anschluss an eine gerichtliche Rechtswidrigkeitsfeststellung den rechtmäßigen Zustand selbst (wieder-)herstellen kann.

Die restriktive Lesart der Rechtsschutzgarantie, für die *Schmidt-Aßmann* damit plädiert, sieht sich indes zwei entscheidenden Einwänden gegenüber. Erstens ist der ihr zugrundeliegende Optimismus hinsichtlich der Rechtsbefolgungsbereitschaft staatlicher Stellen in jüngerer Zeit gleich durch mehrere prominente Beispiele in Frage gestellt worden.<sup>381</sup> Ob er auf Tatsachenebene wirk-

<sup>376</sup> BVerfGE 143, 216 (225).

<sup>377</sup> Vgl. in diesem Sinne etwa *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 474; *H. D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 GG Rn. 50; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 287 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020) bezeichnet das als „herrschende Ansicht“.

<sup>378</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 287 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020), der allerdings ebd., Rn. 280 darauf hinweist, die Möglichkeit von Feststellungsurteilen bilde zugleich das „Minimum [...] unter das zu gehen Art. 19 Abs. 4 GG nicht gestatte[.]“.

<sup>379</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 288 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

<sup>380</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 287 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

<sup>381</sup> Die Weigerung der Stadt Wetzlar, eine einstweilige Anordnung des BVerfG umzuset-

lich gerechtfertigt ist, ist angesichts dessen nicht frei von Zweifeln. Doch selbst wenn die staatliche Rechtstreue den Normalfall bildete, überzeugte es zweitens nicht, die Auslegung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gerade an diesem Normalfall zu orientieren. Schließlich steht der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie schon kraft ihres Gegenstands stets der pathologische Fall vor Augen:<sup>382</sup> Sie betrifft die Fälle, in denen es der Gerichte bedarf, um das Recht durchzusetzen, weil über den Inhalt oder die Befolgung rechtlicher Pflichten Streit besteht. Die Fälle freiwilliger Rechtsbefolgung mag es geben, sie mögen sogar den Normalfall bilden, doch sie liegen jenseits des Realbereichs, den Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG betrifft. Eine gegenstandsgerechte und zweckentsprechende Interpretation der Rechtsschutzgarantie muss deshalb gerade den Fällen Rechnung tragen, in denen sich die handlungsleitende Intention des Recht nicht von selbst verwirklicht – und das selbst dann, wenn die freiwillige Rechtsbefolgung empirisch betrachtet den Normalfall bildete.

Erfordert die Garantie effektiven Rechtsschutzes demnach im Grundsatz auch die Möglichkeit, die als verletzt behaupteten Rechte durch gerichtliche Gestaltungs- und vollstreckbare Leistungsurteile durchsetzen zu können, so stellen sich Konstellationen, in denen rechtswidrige Verwaltungsentscheidungen auch im Wege gerichtlichen Rechtsschutzes aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr zu ändern sind, regelmäßig als ausgleichsbedürftiges Defizit dar.<sup>383</sup> Indes führt auch in diesen Fällen an einer Einzelfallbetrachtung kein Weg vorbei. Denn wie bereits gezeigt, lassen sich Beeinträchtigungen des Art. 19 Abs. 4 GG aus Gründen kollidierenden Verfassungsrechts rechtfertigen.<sup>384</sup> Liegen solche Rechtfertigungsgründe vor, verliert die Situation aus rechtlicher

---

zen (dazu *W. Hecker*, NVwZ 2018, S. 787), ist hier ebenso zu nennen wie die Weigerung der Stadt München, einen Luftreinhalteplan entsprechend verwaltungsgerichtlicher Vorgaben abzuändern (dazu *J. Kring*, NVwZ 2019, 23 (23 f.); *M. Will*, NJW 2020, S. 963); vgl. allgemein zu den von diesen Fällen aufgeworfenen Schwierigkeiten nun *C. Waldhoff*, in: Michl/Holterhus (Hrsg.), Die schwache Gewalt?, 2022, S. 53 und *F. Michl*, in: ders./Holterhus (Hrsg.), Die schwache Gewalt?, 2022, S. 73.

<sup>382</sup> In diese Richtung auch *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 352 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

<sup>383</sup> Eine Ausnahme macht *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 350 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020) nur für die Fälle, in denen sich „ausnahmsweise aus der Verletzung eines negativen Statusrechts durch einen noch nicht erledigten Hoheitsakt keine materiellrechtlichen Reaktionsansprüche ergeben“.

<sup>384</sup> *C. Ernst*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 149f.; *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 381; *H. D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 GG Rn. 63; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 140; ablehnend hingegen *C. Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, Art. 19 Rn. 53.

Perspektive ihre Mangelhaftigkeit und für einen Ausgleich durch Verfahren besteht kein Anlass mehr.

*bb) Art. 19 Abs. 4 GG als Maßstab für inhaltlich bedingte Einschränkungen des Rechtsschutzes gegen Gesetzgebungsentscheidungen*

Da der Begriff der „öffentlichen Gewalt“, wie ihn Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verwendet, auch die Gesetzgebung nicht ausklammert,<sup>385</sup> kann die Rechtsschutzgarantie grundsätzlich auch die verfassungsrechtliche Bewertung solcher Konstellationen anleiten, in denen der Rechtsschutz gegen Gesetze durch faktische Zugangshindernisse erschwert wird (dazu [1]) oder aufgrund der tatsächlichen oder rechtlichen Irreversibilität gesetzgeberischer Entscheidungen Grenzen unterliegt (dazu [2]). Auch wenn sich inhaltlich bedingte Rechtsschutzeinschränkungen in den oben untersuchten Konstellationen nur selten nachweisen ließen,<sup>386</sup> sei daher ein kurzer Blick auf die Übertragbarkeit der zum Verwaltungsrecht angestellten Erwägungen geworfen.

*(1) Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Gesetzgebungsverfahren*

Garantiert Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auch den Rechtsschutz gegen parlamentarische Gesetzgebungsakte,<sup>387</sup> so lässt sich der für Verwaltungsverfahren weithin akzeptierte Befund, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf die vorangehenden staatlichen Entscheidungsverfahren vorwirkt, im Grundsatz auch für das Gesetzge-

<sup>385</sup> Siehe bereits oben § 5 IV 2 b) cc) (1) m. Nachw. in Fn. 318.

<sup>386</sup> Neben den unten noch näher erörterten Fällen der Legalplanung (siehe oben § 3 V 2 b), V 3 d) bb) sowie sogleich unten § 5 IV 4 b) cc) zählt zu den wenigen insofern einschlägigen Fällen die Rechtsprechung zum kommunalen Finanzausgleich, die eine rückwirkende Nichtigkeitserklärung von Finanzausgleichsfestsetzungen schon deshalb für „praktisch“ ausgeschlossen erklärt, weil diese Teil des Haushaltsgesetzes sind und ihre Aufhebung daher „zu einer rückwirkenden Änderung der gesamten Finanzwirtschaft des Landes führen müßte“ (siehe BVerfGE 150, 1 [105], Ur. v. 10.05.1999 – 2/97 –, juris, Rn. 93f. sowie oben § 3 V 2 k) m. w. Nachw.). Da im Fall des kommunalen Finanzausgleichs Rechtspositionen der Kommunen betroffen sind, sind die erörterten Maßstäbe des Art. 19 Abs. 4 GG insofern indes nicht anwendbar (siehe nur BVerfGE 150, 1 [105]). Allein die verfahrensrechtliche Dimension der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und der ihr immanente Rechtsschutzanspruch könnte insofern als Maßstab dienen (vgl. dazu BVerfGE 140, 99 [109f.]; 150, 1 [105]; V. Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 28 Abs. 2 Rn. 45f. [Stand: 67. Erg.-Lfg. November 2012]). Ebenso stellte sich das auch für den Sonderfall der oben besprochenen Fälle kommunaler Neugliederungen dar (siehe § 3 V 3 d) aa)). Für diese hat die Rechtsprechung Verfahrensanforderungen zum Teil unter Berufung auf die Erwägung formuliert, dass prozedurale Vorkehrungen insbesondere „dort erforderlich [seien], wo eine nachgelagerte gerichtliche Kontrolle etwaige [R]echtsverletzungen nicht mehr korrigieren kann“ (BVerfGE 137, 108 [156]) und „die nachträgliche Rechtskontrolle [kommunaler Neugliederungsentscheidungen] nur eine begrenzte Wirksamkeit entfaltet“ (NdsStGH, Ur. v. 03.06.1980 – 2/79 –, juris, Rn. 48). Inwiefern sich kommunale Neugliederungen als erschwert reversibel erweisen, führt indes keine der beiden Entscheidungen aus.

<sup>387</sup> Dazu bereits oben § 5 IV 2 b) cc) (1) m. Nachw. in Fn. 318.



bungsverfahren fruchtbar machen. Soweit es erforderlich ist, um den verfassungsrechtlich geforderten Gerichtsschutz gegen Gesetze zu gewährleisten, strahlt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG folglich auch auf das Gesetzgebungsverfahren aus. In Analogie zu den oben zum Verwaltungsverfahren angestellten Überlegungen darf dessen rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung demnach nicht die Gefahr begründen, dass die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes gegen rechtsverletzende Gesetzesentscheidungen unzumutbar erschwert oder gar vereitelt wird.<sup>388</sup>

Ob das Gesetzgebungsverfahren das in Einzelfällen tatsächlich tut, erscheint indes zweifelhaft. Das für Verwaltungsverfahren insofern maßgebliche Problem, dass die Betroffenen über eine Entscheidung in Unkenntnis bleiben, besteht angesichts der Publikationspflicht für Parlamentsgesetze jedenfalls nicht. Anderes ergibt sich auch nicht aus der im Rahmen der Prozeduralisierungsdebatte immer wieder anklingenden These, gesetzgeberische Entscheidungen könnten nur dann gerichtlich kontrolliert werden, wenn die zugrundeliegende Tatsachenermittlungen und Abwägungsvorgänge umfassend dokumentiert und begründet würden, was verfassungsrechtlich bislang nicht vorgesehen sei. Sie träfe allenfalls dann zu, wenn Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG dazu verpflichtete, gerade auch das innere Gesetzgebungsverfahren zu überprüfen – eine Forderung, die als Kompensation für die zurückgenommene materiell-rechtliche Maßstäblichkeit des Verfassungsrechts indes ihrerseits gerade die Ausgleichsbedürftigkeit der verfassungsrechtlichen Bestimmungen voraussetzte. Sofern – wie im verfassungsrechtlichen Normalfall – der Gesetzgeber allein das (verfassungskonforme) Gesetz schuldet und die Gerichte bei dessen Prüfung nicht auf die tatsächlich zugrunde gelegten Erwägungen beschränkt sind, erschwert die fehlende Dokumentations- und Begründungspflicht für Gesetze den Rechtsschutz gegen diese daher nicht in unzumutbarer Weise.<sup>389</sup> Wenngleich Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Gesetzgebungsverfahren demnach nicht grundsätzlich auszuschließen sind, bleibt momentan noch unklar, wo ihr Anwendungsbereich liegen mag.

*(2) Belastungsbeseitigung als Merkmal effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG*

Für die zweite oben skizzierte Erscheinungsform inhaltlich bedingter Rechtsschutz einschränkungen stellt sich die Frage der Übertragbarkeit noch in verschärfter Form, und das aus gleich zwei Gründen: Erstens, weil Gesetze, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht rückwirkend aufgehoben werden können, die absolute Ausnahme bilden. Zwar mag man die oben schon zitierten

<sup>388</sup> So zum Verwaltungsverfahren BVerfGE 94, 166 (206); 134, 242 (299); 143, 22 (28f.).

<sup>389</sup> Vgl. für ein ähnliches Argument auch A. Wieckhorst, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 234.

Ausführungen des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs zum Rechtsschutz gegen kommunale Neugliederungsgesetze in diese Richtung deuten,<sup>390</sup> doch zeigt die gerichtliche Praxis, dass in den Fällen, in denen die materiell-rechtlichen Grenzen für Gebietsreformen überschritten sind, auch die Verfassungsgerichte nicht davon absehen, die entsprechenden Neugliederungsgesetze für nichtig zu erklären.<sup>391</sup> Mit Ausnahme verfassungsgerichtlich entwickelter Sonderfälle<sup>392</sup> bildet die rückwirkende Nichtigkeit die dogmatische Regelfolge rechtswidriger Normen.<sup>393</sup> Da diese bereits von Gesetzes wegen eintritt und nicht erst gesetzlich angeordnet werden muss, stellt sich zweitens auch die Frage, ob die Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes die Möglichkeit gerichtlicher Gestaltungs- oder Leistungsurteile voraussetzt, im Hinblick auf Rechtsverletzungen durch Gesetze nicht in gleicher Weise wie im Hinblick auf solche durch die Verwaltung. Denn sind rechtswidrige Normen von Beginn an nichtig, so genügt die verbindliche Feststellung ihrer Rechts- bzw. Verfassungswidrigkeit, um ihre Rechtswirkungen entfallen zu lassen; im Hinblick auf Gesetze kommt deshalb auch bloßen Feststellungsentscheidungen eine mittelbare Gestaltungswirkung zu. Die von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verlangte Effektivität des Rechtsschutzes ist angesichts dessen – jedenfalls in grundrechtlichen Abwehrkonstellationen – normalerweise nicht auf die Möglichkeit gerichtlicher Gestaltungsurteile angewiesen.

#### 4. Exemplarische Evaluation des Kompensationsbedarfs anhand ausgewählter Referenzbeispiele

Lässt man die vorstehenden Überlegungen noch einmal Revue passieren, so wird deutlich: Keine der vermeintlich kompensationsbedürftigen Ausgangslagen stellt aus rechtlicher Perspektive stets ein bereits *per se* ausgleichbedürftiges Defizit dar. Die Unbestimmtheit des einfachen Gesetzesrechts mag zwar mit Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeitslehre in Konflikt geraten, doch hängt das von diesen geforderte Maß an Regelungsdichte und -präzision von einer Abwägung unterschiedlicher Faktoren ab, die ohne Blick auf den Ein-

<sup>390</sup> Siehe NdsStGH, Urt. v. 03.06.1980 – 2/79 –, juris, Rn. 48: „die nachträgliche Rechtskontrolle [kommunaler Neugliederungsentscheidungen entfaltet] nur eine begrenzte Wirksamkeit“.

<sup>391</sup> Siehe etwa BVerfGE 86, 90; ThürVerfGH, NVwZ-RR 1997, S. 639; LKV 2005, 259; SächsVerfGH, LKV 2000, 21; vgl. allgemein zum Rechtsschutz gegen Neugliederungsgesetze W. Hoppe/H.-W. Rengeling, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, 1973, die insofern allerdings feststellen, die „Verfassungsgerichte [hätten] den betreffenden Gemeinden bisher den Rechtsschutz nur zurückhaltend und zögerlich gewährt“ (ebd., S. 7).

<sup>392</sup> Überblick bei H. Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, § 78 Rn. 56 ff. (Stand: 54. Erg.-Lfg. Juni 2018).

<sup>393</sup> Dazu ausführlich u. a. D. Heckmann, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 49 ff.; J. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, insbes. S. 69 ff., 153 ff., 159 ff.; H. Sauer, Öffentliches Reaktionsrecht, 2021, S. 295 ff.

zelfall nicht gelingt und die Offenheiten des materiellen Rechts keinesfalls grundsätzlich ausschließt.<sup>394</sup> Und die mit Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung einhergehenden Kontrolldichtereduktionen mögen ebenso wie inhaltsbedingte Rechtsschutzeinschränkungen an der grundgesetzlichen Rechtsschutzgarantie zu messen sein, doch lassen sich Beeinträchtigungen des Art. 19 Abs. 4 GG auch durch materielle Gründe rechtfertigen, sodass ein ausgleichsbedürftiges Defizit nur dann verbleibt, wenn solche im Einzelfall einmal fehlen.<sup>395</sup> Für die Antwort auf die Frage, ob es eines Ausgleichs durch Verfahren wirklich bedarf, führt an einer Analyse der je individuellen Fallkonstellationen deshalb kein Weg vorbei. Mit Ausnahme gesetzgeberischer Letztentscheidungsbefugnisse, für die es bereits an einem defizitbegründenden Rechtsmaßstab fehlt,<sup>396</sup> stellt sich das auch für die vermeintlich ausgleichbedürftigen Defizite des Verfassungsrechts nicht anders dar. Nimmt man die demnach maßgeblichen Einzelfälle jedoch genauer in den Blick, so zeigt sich, dass die Annahme, diesen habe ein ausgleichsbedürftiges Defizit an, keinesfalls durchweg überzeugt. Anhand ausgewählter Beispiele behördlicher (dazu lit. a) und gesetzgeberischer Entscheidungskonstellationen (dazu lit. b) soll die Untersuchung das im Folgenden zeigen.

#### *a) Ausgleichsbedürftige Defizite in verwaltungsrechtlichen Entscheidungskonstellationen*

Aus der Vielzahl verwaltungsrechtlicher Fallkonstellationen bieten sich dazu vor allem drei vermeintliche Kompensationslagen an: Die Unbestimmtheit der polizeirechtlichen Schleierfahndungsbefugnisse (dazu lit. aa), die Letztentscheidungsbefugnisse der BNetzA im Bereich der Telekommunikationsmärktregulierung (dazu lit. bb) und die gerichtliche Unanfechtbarkeit des Zuschlags im Vergaberecht (dazu lit. cc).

#### *aa) Unbestimmtheit des Rechts: Die polizeiliche Befugnis zur Durchführung ereignis- und verdachtsunabhängiger Personenkontrollen (sog. Schleierfahndung)*

Für die Frage, inwiefern die Offenheit materiell-rechtlicher Bestimmungen sich aus rechtlicher Perspektive als ausgleichsbedürftiges Defizit darstellen kann, bieten die polizeilichen Befugnisse zur Durchführung sog. Schleierfahndungen ein geeignetes Referenzbeispiel. So deutlich wie im Verwaltungsrecht sonst nur selten erklingt der Ruf nach prozeduralen Kompensationsmaßnahmen hier in klarer und ausschließlicher Reaktion auf die Unbestimmtheit des materiellen Rechts.<sup>397</sup> Denn ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungs-

<sup>394</sup> Siehe dazu oben § 5 IV 1 b), IV 1 c).

<sup>395</sup> Siehe dazu oben § 5 IV 2 b) bb) (3).

<sup>396</sup> Siehe dazu oben § 5 IV 2 b) cc) (2) und § 5 IV 2 c) dd).

<sup>397</sup> VerfGH Sachsen, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 215 ff., insbes. 221 („Kom-

spielraum, auf den sich die Kompensationsthese ebenfalls beziehen könnte, steht der Polizei hier trotz der erheblichen Konkretisierungsbedürftigkeit, die die entsprechenden Tatbestände aufweisen, gerade nicht zu.<sup>398</sup>

*(1) Rekapitulation: Unbestimmtheiten in den entsprechenden Ermächtigungsnormen*

Ungeachtet der sprachlichen Unterschiede, die die Landespolizeigesetze im Hinblick auf die entsprechenden Schleierfahndungsbefugnisse aufweisen, nimmt die These, sie bedürften eines prozeduralen Ausgleichs, doch durchweg an zwei Unbestimmtheiten Anstoß, die sich in vielen der einschlägigen Landesnormen finden.<sup>399</sup> Erstens, so das vielfach geteilte Monitum, leiden die einschlägigen Tatbestände darunter, dass sie die Orte, an denen der Polizei Kontrollmaßnahmen erlaubt sein sollen, nicht mit hinreichender Bestimmtheit beschreiben. Kontrollen sollen, so formulieren die entsprechenden Tatbestände insofern, unter anderem auf Straßen von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr<sup>400</sup> oder die grenzüberschreitende Kriminalität<sup>401</sup> grundsätzlich zulässig sein. Als offen erweisen sich die einschlägigen Befugnisnormen zweitens auch dadurch, dass sie im Hinblick auf die Anzahl der durchzuführenden Kontrollen und die Auswahl der betroffenen Adressaten klare Kriterien vermissen lassen und die Befugnisausübung der Polizei insofern einzig über die weit gefasste Zweckvorgabe einzugrenzen versuchen, dass der Eingriff „zur vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität“<sup>402</sup> erfolgen müsse.

---

pensation mangelnder Bestimmtheit durch Verfahrensvorkehrungen“); MVVerfG, LKV 2000, S. 149 (156); in der Sache ebenso BayVerfGH, NVwZ 2006, S. 1284 (1285); aus dem Schrifttum etwa *H. Schulze-Fielitz*, in: Festschrift für W. Schmitt Glaeser, 2003, S. 407 (429); *H.-H. Trute*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501 (519f.); siehe auch *U. Volkmann*, NVwZ 2009, S. 216 (221).

<sup>398</sup> *C. Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (384, 387) in Bezug auf das Merkmal der „andere[n] Straßen von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität“.

<sup>399</sup> Dazu oben § 3 IV 2 c) bb).

<sup>400</sup> Z.B. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG Bayern; § 14 Abs. 1 Nr. 5 PAG Thüringen. Das BVerfG hat die bayerische Regelung im Kontext der Befugnisse zur automatischen Kennzeichenerfassung indes als zu unbestimmt und (daher) unverhältnismäßig kritisiert, weil die Anknüpfung an „andere Straßen von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr“ eine „hinreichend klare Beschränkung“ der entsprechenden Kontrollen nicht sicherstelle, siehe BVerfGE 150, 244 (299f.).

<sup>401</sup> So etwa § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 PolG Sachsen. Auch § 18 Abs. 2 Nr. 6 SOG Hessen und § 26 Abs. 1 Nr. 6 PolG BW sehen entsprechende Regelungen vor. Das BVerfG hat im Hinblick auf sie die in der vorstehenden Fußnote skizzierte Kritik an der bayerischen Regelung wiederholt, siehe BVerfGE 150, 309 (336ff.); für mit dem Bestimmtheitsgrundsatz unvereinbar hält die Bestimmungen *C. Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (384f.); für eine dem Bestimmtheitsgrundsatz genügende, verfassungskonform-einschränkende Auslegung hingegen *B. Kastner*, VerwArch 92 (2001), S. 216 (245ff.).

<sup>402</sup> So etwa in § 11 Abs. 3 BbgPolG; § 18 Abs. 2 Nr. 6 SOG Hessen; § 27a SOG M-V; § 14 Abs. 3 SOG LSA.

## (2) Verfassungsrechtliche Bewertung

Im Lichte der Anforderungen, die das Grundgesetz an die Bestimmtheit und Regelungsdichte gesetzlicher Normen stellt, erscheinen die Bedenken, die Schrifttum und Rechtsprechung gegen diese Unbestimmtheiten immer wieder vorgetragen haben,<sup>403</sup> in der Tat berechtigt. Zwar nehmen sowohl der Bestimmtheitsgrundsatz als auch die den Vorbehalt des Gesetzes konkretisierende Wesentlichkeitstheorie ihre Erwartungen an gesetzliche Präzision und Regelungsdichte teilweise zurück, sofern die Dynamik, Vielgestaltigkeit und Unvorhersehbarkeit der zu regelnden Realbereichsvorgänge eine abstrakt-generelle Regelung schwierig macht.<sup>404</sup> Dass eine exakte Definition der Orte, an denen Personenkontrollen zulässig sind, die Gefahr begründet, dass die zu kontrollierenden Personen eben diese meiden, mag man als einen solchen Faktor werten.<sup>405</sup> Doch steht dem gegenüber, dass die Grundrechtseingriffe, zu denen die entsprechenden Kontrollbefugnisse ermächtigen, von nicht unerheblichem Gewicht sind.<sup>406</sup> Insofern greift es zu kurz, wenn schlicht darauf verwiesen wird, die Pflicht, seine Personalien anzugeben, beeinträchtigt das allgemeine Persönlichkeitsrecht kaum.<sup>407</sup> Denn erstens beschränken sich die einschlägigen Tatbestände hierauf nicht. Vielmehr ermächtigen sie die Polizei, alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um die Identität der kontrollierten Person festzustellen. Die Betroffenen können zu diesem Zweck insbesondere festgehalten, samt der von ihnen mitgeführten Gegenstände durchsucht und unter bestimmten Umständen sogar auf die Dienststelle verbracht werden.<sup>408</sup> Zweitens verleiht es den mit den fraglichen Kontrollen verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen zusätzliches Gewicht, dass sie gerade auch Personen betreffen können, ja betreffen sollen, die durch ihr eigenes Verhalten hierzu keinerlei Anlass gegeben haben und für die keine Möglichkeit besteht, selbst dazu beizutragen, dass sie den Kontrollen entgehen.<sup>409</sup> Auf die Eingriffstiefe wirkt sich das deshalb erhöhend aus, weil die Regelung damit, wie *Christoph Möllers* treffend formuliert, gerade von der „Rechtstreue der Kontrollierten aus[geht] und [...] diese trotzdem als Instrument der Abwehr einer Gefahr [verwendet], die ihnen noch

<sup>403</sup> Teilweise sehr kritisch etwa *M. Kutscha*, LKV 2000, S. 134 (135); *H. Liskén*, NVwZ 1998, S. 22 (25); *C. Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (386); *M. Schütte*, ZRP 2002, S. 393 (395); *K. Waechter*, DÖV 1999, S. 138 (142).

<sup>404</sup> Dazu oben § 5 IV 1 b) aa), IV 1 c) aa) (2).

<sup>405</sup> Vgl. zu diesem Argument und seinen Vertretern *C. Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (384) m. Nachw.

<sup>406</sup> *M. Kutscha*, LKV 2000, S. 134 (136); *U. Stephan*, DVBl. 1998, S. 81 (83); *H. Liskén*, NVwZ 1998, S. 22 (25) sieht gar den Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG berührt.

<sup>407</sup> In diesem Sinne aber BayVerfGH, NVwZ 2003, S. 1375 (1377).

<sup>408</sup> Siehe etwa § 27 Abs. 2 PolG BW.

<sup>409</sup> *C. Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (385); *M. Schütte*, ZRP 2002, S. 393 (399); wohl auch *H. Liskén*, NVwZ 1998, S. 22 (25).

nicht einmal ex ante zugerechnet werden kann“.<sup>410</sup> Hinzukommt drittens, dass die Tatbestände im Hinblick auf die Häufigkeit der Kontrollen keine Vorgaben machen und auch ansonsten keine einschränkenden Auswahlkriterien zu erkennen geben, was es schließlich ermöglicht, dass eine Vielzahl an Personen von den entsprechenden Eingriffen betroffen ist.<sup>411</sup> Angesichts all dessen sind die grundgesetzlichen Anforderungen an die Bestimmtheit und Regelungsdichte polizeilicher Schleierfahndungsbefugnisse keinesfalls gering zu veranschlagen.

Sowohl die tatbestandliche Ermöglichung ereignis- und verdachtsunabhängiger Personenkontrollen auf „anderen Straßen von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität“ als auch die fehlende Konkretisierung ermessensleitender Kriterien bleibt hinter diesen Anforderungen zurück.

Im Hinblick auf die besagten anderen Straßen lässt die juristische Auslegung eine Konkretisierung zwar noch insoweit zu, als diese gerade für solche Straftaten von Bedeutung sein müssen, die – wie es der Sächsische Verfassungsgerichtshof formuliert – „die Besonderheiten der Grenzsituation bzw. -nähe, insbesondere die Erschwerungen grenzüberschreitender Fahndung und Strafverfolgung ausnutz[en]“, ohne dass es dabei indes auf eine bestimmte Deliktsschwere ankäme.<sup>412</sup> Auch wird man dem Verweis auf die Bedeutung der fraglichen Straßen für derartige Taten entnehmen können, dass sowohl Verkehrswege erfasst werden, die für die Begehung grenzüberschreitender Straftaten bedeutsam sind, als auch solche, die etwa den „Tätern zu Sicherung bzw. Rückzug dienen“.<sup>413</sup> Mit den Mitteln juristischer Auslegungskunst allein nicht mehr zu bestimmen ist indes, ob die Bedeutung der entsprechenden Verkehrswege für die tatbestandlich erfassten Straftaten „erheblich“ ist. Stattdessen hängt die Erheblichkeit ihrer Bedeutung von Faktoren ab, die sich allenfalls und einzig im Kenntnisbereich der Polizei befinden. Abstrakt, also losgelöst vom Sonderwissen der Polizei lässt sich der Tatbestand nicht konkretisieren.<sup>414</sup> Für die Betroffenen bleibt daher weitgehend unvorhersehbar, ob sie sich auf einer Straße befinden, die die besagten Kriterien erfüllt, und auch die Gerichte vermögen die Kontrollpraxis der Polizei nur unter Rückgriff auf die Erkenntnisse der Polizei überprüfen. Hinter den vom Bestimmtheitsgrundsatz geforderten Maß an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit der Rechtsanwendung bleibt die tatbestandliche Formulierung damit zurück.

In noch gesteigertem Maße gilt das für die gesetzgeberische Strategie, die Häufigkeit der Kontrollen und die Auswahl der Kontrollsubjekte allein durch

---

<sup>410</sup> C. Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (385).

<sup>411</sup> Vgl. T. Brockmann/F. Lücke, NVwZ 2022, S. 1189 (1190); U. Stephan, DVBl. 1998, S. 81 (83).

<sup>412</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 212; ausführlich zur Konkretisierung dieses Merkmals auch B. Kastner, VerwArch 92 (2001), S. 216 (244 f.).

<sup>413</sup> SächsVerfGH, Urt. v. 10.07.2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 213.

<sup>414</sup> Insofern zu Recht kritisch C. Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (384 f.).

die Bindung an den Zweck zu begrenzen, dass die Kontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität erfolgen müssen. Denn ermessensleitende Kriterien lassen sich dem Gesetz insofern nicht entnehmen. Vielmehr „bleibt die Kontrollbefugnis zumindest dem äußeren Anschein nach beliebig. Ob es sich um eine zweckgerechte oder zweckentfremdete Kontrolle handelt, können weder Bürger noch Gerichte nachvollziehen“.<sup>415</sup> Der oben bereits formulierten Forderung, dass die Maßstäbe für die Ausfüllung von Ermessensnormen klar erkennbar und hinreichend deutlich eingegrenzt sein müssen,<sup>416</sup> werden die Schleierfahndungsbefugnisse folglich nicht gerecht.

### (3) Ergebnis

Im Hinblick auf die gesetzlichen Befugnisse zu ereignis- und verdachtslosen Personenkontrollen überzeugt die Diagnose, dass sie angesichts ihrer Unbestimmtheit ein ausgleichsbedürftiges Defizit darstellen, folglich. Sie bleiben hinter den Anforderungen von Bestimmtheitsgebot und Gesetzesvorbehalt zurück und erweisen sich deshalb auch aus rechtlicher Perspektive als Defizitzustand, der ohne rechtfertigende Ausgleichsmaßnahmen keinen Bestand haben darf.

#### *bb) Eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte: Die Marktregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz*

Ob und inwiefern auch die mit administrativen Letztentscheidungsbefugnissen verbundenen Einschränkungen des gerichtlichen Kontrollzugriffs ein aus verfassungsrechtlicher Perspektive kompensationswürdiges Defizit darstellen, lässt sich am Beispiel der Letztentscheidungsspielräume überprüfen, die die BNetzA im Bereich der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung genießt. Für die Zwecke der hiesigen Untersuchung bieten sie sich gleich aus mehreren Gründen an: Nicht nur ist die Kompensationsthese für sie weit verbreitet, auch ist sie im Bereich des Telekommunikationsregulierungsrechts mit am besten untersucht.<sup>417</sup> Und doch überzeugt die ihr zugrundeliegende Annahme, die infolge administrativer Letztentscheidungsbefugnisse eingeschränkte Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle stelle ein ausgleichsbedürftiges Defizit dar, gerade hier nicht. So hat das BVerfG – entgegen manch anders lautender Einschätzung im Schrifttum – die entsprechenden Spielräume der BNetzA schon im Lichte

<sup>415</sup> C. Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (387).

<sup>416</sup> B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 63 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); H.-J. Papier, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 72; siehe bereits oben § 5 IV 1 b) aa).

<sup>417</sup> Siehe F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, insbes. S. 202 ff. m. Nachw.; ferner etwa H.-H. Trute, in: Festschrift für P. Selmer, 2004, S. 565 (581).

des Art. 19 Abs. 4 GG nicht beanstandet (dazu [2]). Doch bei genauer Betrachtung kommt es auf die Anforderungen der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie indes überhaupt nicht an. Denn dass die BNetzA derart großzügige Letzt Konkretisierungsbefugnisse besitzt, ist in den unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben unmittelbar angelegt und aus verfassungsrechtlicher Perspektive daher allein an den oben dargestellten Integrationsschranken zu messen (dazu [3]). Diese setzen Letzt Konkretisierungsbefugnissen der Verwaltung aber keine Grenzen. Um all das zu zeigen, gilt es die wichtigsten<sup>418</sup> Letzt Konkretisierungsbefugnisse, über die die BNetzA bei der Regulierung der Telekommunikationsmärkte verfügt, zunächst kurz in Erinnerung zu rufen (dazu [1]).<sup>419</sup>

*(1) Rekapitulation: Letzt Konkretisierungsbefugnisse der BNetzA im Bereich der Telekommunikationsmärktregulierung*

Administrative Letztentscheidungsbefugnisse räumt das Telekommunikationsregulierungsrecht der BNetzA auf allen drei Stufen<sup>420</sup> der Marktregulierung ein: Auf der ersten Stufe, der Bestimmung der relevanten Märkte, hat die BNetzA nicht nur eine notwendig einzelfallbezogene Abwägung der Regulierungsziele des § 2 TKG vorzunehmen, auch konturiert § 11 Abs. 2 TKG die in Betracht kommenden Märkte durch zahlreiche offene, in mehrfacher Hinsicht von Wertungen und Prognosen abhängige Rechtsbegriffe.<sup>421</sup> In Konsequenz dessen erkennt § 10 Abs. 1 TKG der BNetzA für die Festlegung der relevanten Telekommunikationsmärkte ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum zu. Das BVerwG erstreckt diesen Beurteilungsspielraum – über § 10 Abs. 1 TKG hinaus – auch auf die zweite Stufe der Marktregulierung, die Marktanalyse.<sup>422</sup> Über das insofern maßgebliche, nicht minder konkretisierungsbedürftige Merkmal „beträchtliche[r] Marktmacht“ entscheidet die BNetzA demnach ebenfalls abschließend.

<sup>418</sup> Einen ausführlichen Überblick bietet *J. Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 179 ff.

<sup>419</sup> Siehe dazu bereits oben § 3 IV 2 b) bb).

<sup>420</sup> Zur Dreistufigkeit der Marktregulierung *H. Gersdorf*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 9 TKG Rn. 19. Die drei Stufen bilden die Marktdefinition, die Marktanalyse und ggfs. die Auferlegung von Regulierungsverfügungen; im Überblick auch *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 131 ff.

<sup>421</sup> So verlangt die Feststellung von „beträchtliche[n]“ Marktzutrittsschranken eine Wertung, deren Qualifikation als „anhaltend“ hingegen eine Prognose. Und auch die beiden folgenden Kriterien (Märkte tendieren „innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu wirksamem Wettbewerb“; „Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein [reicht] nicht aus[,] um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“) beziehen sich auf künftige Entwicklungen. Siehe dazu auch *J. Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 186 sowie bereits die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/2316, S. 61: „Prognoseentscheidung [...] wertenden Inhalts“.

<sup>422</sup> BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1360); ebenso *J. Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, S. 187 m. w. Nachw.



Auf der dritten Stufe, der eigentlichen Entscheidung über das regulatorischen Eingreifen selbst, räumt das materielle Recht der BNetzA zwar kein Entschließungs-, aber doch ein Auswahlermessen ein.<sup>423</sup> So knüpft etwa § 26 Abs. 1 TKG die Entscheidung über die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen an eine Abwägung, in deren Rahmen neben den allgemeinen Regulierungszielen des § 2 TKG weitere individuell, aber nicht abschließend aufgeführte Belange zum Ausgleich zu bringen sind und die demnach ihrerseits nur durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe mit wertenden und prognostischen Elementen gesteuert wird.<sup>424</sup> Das BVerwG hat für die entsprechende Vorgängerregelung – den § 21 TKG a. F. – aus dieser Normstruktur den Schluss gezogen, der BNetzA stehe bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen ein „Regulierungsermessen“ zu<sup>425</sup> – ein „umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum“<sup>426</sup>, bei dem sich der gerichtliche Prüfungsumfang auf die aus dem Planungsrecht bekannte Kontrolle spezifischer Abwägungsfehler beschränkt.<sup>427</sup>

(2) *Die Spielräume der BNetzA bei der telekommunikationsbezogenen Marktregulierung im Lichte verfassungsrechtlicher Rechtsschutzgarantien*

Zumindest im Schrifttum wurden und werden diese ebenso zahlreichen wie weitreichenden Letztentscheidungsbefugnisse der BNetzA zuweilen mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit versehen. Vor allem das Regulierungsermessen sei mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, weil es die Marktregulierung in (zu) weiten Teilen von gerichtlicher Kontrolle freistelle.<sup>428</sup> Und selbst gemäßigte Stimmen geben zu bedenken, dass die bereits skizzierte<sup>429</sup> Rechtsschutzdimension der Grundrechte die uneingeschränkte gerichtliche Kontrolle zum nor-

<sup>423</sup> BVerwGE 130, 39 (48); *T. Attendorn*, NVwZ 2009, 19 (19); *K. F. Gärditz*, NVwZ 2009, S. 1005 (1006); *A. Proelß*, AöR 136 (2011), S. 402 (419). Dass der Regulierungsbehörde insofern kein Entschließungsermessen zusteht, folgt aus § 13 Abs. 1 TKG sowie dem zugrunde liegenden Art. 16 Abs. 4 der RL 2002/21/EG.

<sup>424</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 30; *A. Proelß*, AöR 136 (2011), S. 402 (422).

<sup>425</sup> Siehe vor allem BVerwGE 130, 39 (48); BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1364); NVwZ 2009, S. 653 (658); NVwZ 2010, S. 1359 (1361); beiläufig erwähnt auch in BVerwG, NVwZ 2008, S. 798 (799); offenlassend noch BVerwGE 120, 263 (265); kritisch zur Kategorie des Regulierungsermessens etwa *K. F. Gärditz*, NVwZ 2009, S. 1005 (1006 ff.); *T. Würtenberger*, Gew-Arch 2016, S. 6 (8 ff.); (im Grundsatz) zustimmend hingegen *M. Ludwigs*, JZ 2009, S. 290 (296); *A. Proelß*, AöR 136 (2011), S. 402 (420 ff.); für ein Regulierungsermessen auch *J. Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, 2006, S. D 156.

<sup>426</sup> BVerwG, NVwZ 2014, S. 1034 (1036).

<sup>427</sup> BVerwG, NVwZ 2008, S. 1359 (1364); NVwZ 2010, S. 1359 (1361); NVwZ 2014, S. 1034 (1036); (kritisch) dazu *J. Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (323 ff., insbes. 326 f.); *ders.*, Die Verwaltung 46 (2013), S. 87 (93); *M. Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (406 f.) sowie *T. Mayen*, NVwZ 2008, S. 835 (836 ff.) und *T. Würtenberger*, GewArch 2016, S. 6 (7 f.).

<sup>428</sup> Für einen Überblick über die entsprechende Kritik vgl. *M. Garstecki*, Das Regulierungsermessen, 2021, S. 126 ff. m. Nachw.

<sup>429</sup> Siehe oben § 5 IV 2 c) aa).

mativen Regelfall erkläre.<sup>430</sup> Von eben diesem aber weiche das Telekommunikationsregulierungsrecht mit den besagten Letztentscheidungsbefugnissen ab. Angesichts der erheblichen Grundrechtsrelevanz der entsprechenden Marktregulierungsmaßnahmen lasse sich das aus verfassungsrechtlicher Perspektive aber nicht – oder allenfalls dank eines behaupteten kompensatorischen Effekts der Verfahrensgestaltung – rechtfertigen.<sup>431</sup>

Jedenfalls für den Beurteilungsspielraum der BNetzA auf den ersten beiden Stufen der Marktregulierung – Marktdefinition und -analyse – hat das BVerfG dies indes ausdrücklich anders bewertet<sup>432</sup> und bei dieser Gelegenheit nebenbei zu erkennen gegeben, dass es offenbar auch an der Anerkennung „eines planungsähnlichen Ermessens auf der Rechtsfolgenseite der Regulierung“<sup>433</sup> – wie das Gericht das Regulierungsermessen umschreibt – keinen Anstoß nimmt.<sup>434</sup> Zwar hält auch das BVerfG die entsprechenden Letztentscheidungsbefugnisse der BNetzA für rechtfertigungsbedürftig, doch könne sich der Gesetzgeber für „die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte“ auf „tragfähige Sachgründe“ berufen. Da die maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen „wertende [und] prognostische Elemente“ enthielten und vielfach „von ökonomischen Einschätzungen abh[i]ngen“, die nicht im Hinblick auf alle Einzelheiten eindeutig als richtig oder falsch beurteilt werden könnten, stelle die „Vollkontrolle“ der entsprechenden Entscheidungen die Gerichte vor erhebliche Schwierigkeiten.<sup>435</sup> Angesichts dessen sei die Einräumung der diesbezüglichen Letztentscheidungsbefugnisse der BNetzA vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umfasst.<sup>436</sup> Ob diese Schwierigkeiten genügen, um die Einschnitte der Rechtsschutzgarantie zu rechtfertigen, mag man im Lichte der bereits skizzierten Überlegung, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht nur aufgrund kollidierender Verfassungsgüter eingeschränkt werden darf,<sup>437</sup> bezweifeln. Wie sogleich deutlich werden wird, kommt es für die Frage der Kompensationsbedürftigkeit der administrativen Letztentscheidungsbefugnisse im Recht der Telekommunikationsmärktregulierung darauf bei genauerer Betrachtung indes gar nicht an.

<sup>430</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 158 f., 160.

<sup>431</sup> So insbes. *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 162, 226 ff.

<sup>432</sup> BVerfG, NVwZ 2012, S. 694 (694 ff., insbes. 696).

<sup>433</sup> BVerfG, NVwZ 2012, S. 694 (697).

<sup>434</sup> *M. Sachs/C. Jasper*, NVwZ 2012, S. 649 (649) weisen indes zu Recht darauf hin, dass das BVerfG sich in der besagten Entscheidung nicht ausführlich mit dem Regulierungsermessen auseinandersetzt. Auch wenn das erstaunt, dürfte dies doch eher dahingehend zu deuten sein, dass das BVerfG die insofern vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken als unbegründet ansah.

<sup>435</sup> BVerfG, NVwZ 2012, S. 694 (697).

<sup>436</sup> BVerfG, NVwZ 2012, S. 694 (697).

<sup>437</sup> Dazu oben § 5 IV 2 b) bb) (3).

## (3) Unionsrechtliche Determinierung der Spielraumfrage

Sofern sich die Kritik an den Letztentscheidungsermächtigungen der BNetzA auf Art. 19 Abs. 4 GG oder die Rechtsschutzdimension der Grundrechte beruft, beantwortet sie eine Frage, die sich bei genauerer Betrachtung überhaupt nicht stellt, weil sie Maßstäbe bemüht, die auf den konkreten Fall keine Anwendung finden. Denn wie *Karl-Heinz Ladeur* und *Christoph Möllers* für die Entscheidungsstufen der Marktdefinition und -analyse schon früh herausgearbeitet haben, sind die diesbezüglichen Letztentscheidungsermächtigungen der nationalen Regulierungsbehörden bereits in den unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben zwingend angelegt.<sup>438</sup> Dass sich das auch für die dritte Stufe der Marktregulierung, also die Entscheidungsspielräume bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach § 13 Abs. 1 TKG, nicht anders verhält, hat unter anderem *Matthias Wendel* zuletzt ausführlich nachgewiesen.<sup>439</sup> Alle drei zeigen in überzeugender Weise auf, dass die Beurteilungs- und Ermessensspielräume der nationalen Regulierungsbehörden aus unionsrechtlicher Perspektive schon deshalb unverzichtbar sind, weil das Unionsrecht die nationalen Regulierungsbehörden bei der Entscheidung über Markteingriffe prozedural in den Verwaltungsverbund aus Mitgliedstaaten und unionalen Stellen einbindet, um auf diese Weise die „wechselseitige Einbeziehung der Belange des jeweils ‚anderen‘, d.h. Ordnungsfremden,<sup>440</sup> zu gewährleisten.<sup>441</sup> Das bereits skizzierte<sup>442</sup> Konsolidierungsverfahren sieht dazu vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden im Vorfeld ihrer Entscheidung die EU-Kommission, das GEREK sowie die Regulierungsbehörden der jeweils anderen Mitgliedstaaten anhören und deren Stellungnahmen „weitestgehend“ berücksichtigen, sofern von Marktdefinition, Marktanalyse oder der Regulierungsverfügung Auswirkungen auf den zwi-

<sup>438</sup> *K.-H. Ladeur/C. Möllers*, DVBl. 2005, S. 525 (534); ihnen folgend BVerwGE 131, 41, (45 f.); ausführlich aufgearbeitet bei *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 230 ff., insbes. 234 ff.

<sup>439</sup> *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 237 ff., insbes. 243 ff.

<sup>440</sup> *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 235.

<sup>441</sup> *K.-H. Ladeur/C. Möllers*, DVBl. 2005, S. 525 (534); die unionsrechtliche Notwendigkeit der behördlichen Letztentscheidungsspielräume konstatieren – mit teils abweichender Begründung – ebenfalls *G. Britz*, EuR 2006, S. 46 (55 f.); *C. D. Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 197 Rn. 47 (Stand: 73. Erg.-Lfg. Mai 2021); *M. Eifert*, ZHR 174 (2010), S. 449 (476); *C. Franzius*, DVBl. 2009, S. 409 (410); *H.-H. Trute*, in: Festschrift für P. Selmer, 2004, S. 565 (579 ff.); tendenziell ebenso *A. Rbib*, Beurteilungsspielräume im Europäischen Verwaltungsrecht am Beispiel des Migrations- und Umweltrechts, 2023, S. 239; ablehnend aber *K. F. Gärditz*, NVwZ 2009, S. 1005 (1007 f.), der sich hierfür unter anderem auf EuGH, Urt. v. 24.04.2008, Rs. C-55/06 – Arcor AG & Co.KG/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 163 ff. beruft, sowie ferner: *M. Garstecki*, Das Regulierungsermessen, 2021, S. 187; *M. Goldhammer*, Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, 2021, S. 295 f.; *M. Ludwigs*, in Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, S. 251 (265 ff.); *ders.*, Die Verwaltung 44 (2011), S. 41 (71).

<sup>442</sup> Siehe oben § 3 IV 4 b) aa) (2).

schenstaatlichen Handel in der Union zu erwarten sind. Durch die derart institutionalisierte „Fremd- und Parallelbeobachtung“<sup>443</sup> soll das entscheidungsrelevante Regulierungswissen im Rahmen einer ebenenübergreifenden Verbundkooperation dynamisch erzeugt werden.<sup>444</sup> Unterlägen die entsprechenden Regulierungsentscheidungen der gerichtlichen Vollkontrolle, so käme den Gerichten die Befugnis zu, diese auch hinsichtlich ihrer gesetzlich nicht voll determinierten Teile uneingeschränkt nachzuprüfen und die gesetzlichen Spielräume im Rahmen dieser Nachprüfung ggfs. abweichend von den Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu konkretisieren. Die Vorteile der trans- und supranationalen Behördenkooperation drohten dabei verloren zu gehen, weil die Gerichte – anders als die nationalen Regulierungsbehörden – in diesen grenzüberschreitenden Abstimmungs- und Kooperationsprozess eben nicht einbezogen sind.<sup>445</sup> Der Zweck der unionsrechtlichen Verfahrensvorgaben würde durch die Verlagerung des Letztkonkretisierungsrechts auf die Judikative folglich unterlaufen. Aus unionsrechtlicher Perspektive führt an der Gewährung der behördlicher Letztentscheidungsspielräume daher kein Weg vorbei, wenn und weil die behördliche Entscheidungsfindung in einen ebenen- und grenzübergreifenden Kooperationsprozess eingebunden ist, der die beteiligten Belange in ihrer gesamten Vielfalt in das Verfahren einführt und durch das Zusammenwirken der unterschiedlichen Verbundpartner damit zugleich das erforderliche Regulierungswissen generiert.<sup>446</sup>

Im Anschluss an die bereits erwähnten Überlegungen von *Karl-Heinz Ladeur* und *Christoph Möllers* hat sich vor allem das BVerwG dieser Linie bereits früh angeschlossen.<sup>447</sup> Der EuGH hat sich bislang zwar nicht ausdrücklich zu ihr bekannt, insistiert aber zumindest im Verhältnis zum Gesetzgeber beharrlich darauf, dass Einschränkungen des „Ermessens“ der nationalen Regulierungsbehörden mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar sind.<sup>448</sup> Dem Versuch des deutschen Gesetzgebers, die regulierungsrechtlichen Abwägungsprozesse gesetzlich vorzustrukturieren und die offenen unionsrechtlichen Vorgaben im Rahmen der nationalen Umsetzung nachzuverdichten, hat

<sup>443</sup> *M. Eifert*, ZHR 174 (2010), S. 449 (467).

<sup>444</sup> *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 236.

<sup>445</sup> *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 236.

<sup>446</sup> In diesem Sinne verallgemeinernd *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 257; noch weitergehend *U. Stelkens*, DVBl. 2010, S. 1078 (1086): Allgemeine Vermutung für Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung, sofern das Unionsrecht „selbst spezifische Verwaltungsverfahren normiert“.

<sup>447</sup> BVerwGE 131, 41 (45 f.).

<sup>448</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 03.12.2009, Rs. C-424/07 – Kommission/Deutschland (Neue Märkte), Rn. 68 ff., insbes. 74 sowie Rn. 80 ff. insbes. 83; ebenso bereits zuvor *H. Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 273: „Das gemeinschaftsrechtlich vorgesehene europäische Konsolidierungsverfahren bei der Regulierung der Telekommunikationsmärkte wäre ohne Spielräume der nationalen Regulierungsbehörden undenkbar“; anders hingegen noch *M. Herdegen*, MMR 2006, S. 580 (583 f.).

der EuGH eine klare Absage erteilt.<sup>449</sup> Das dort gewonnene Ergebnis, die nationalen Regulierungsbehörden verfügten nach den einschlägigen unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben über eine „weitreichende Befugnis“ zur Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls, weshalb auch die Abwägung der Regulierungsziele bei der Marktdefinition und -analyse den nationalen Regulierungsbehörden „und nicht den nationalen Gesetzgebern“ zustehe,<sup>450</sup> dürfte auch im Verhältnis zur Judikative Geltung beanspruchen.<sup>451</sup>

Determiniert demnach aber bereits das Unionsrecht, wem im Hinblick auf die Konkretisierung der offenen regulierungsrechtlichen Vorgaben das letzte Wort gebührt, stellt sich die Frage überhaupt nicht, ob die Letztentscheidungsbefugnisse der BNetzA mit verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien unvereinbar sind und gerade deshalb der Kompensation (durch Verfahren) bedürfen.<sup>452</sup> Vielmehr überlagert der Anwendungsvorrang des Unionsrechts die grundgesetzlichen Maßstäbe bis hin zu deren integrationsfesten Grenzen. Wie bereits gezeigt, lässt sich diesen allerdings gerade nicht entnehmen, dass es stets die Gerichte sein müssten, denen die letztverbindliche Normkonkretisierung jenseits gesetzlich determinierter Bereiche zusteht.<sup>453</sup>

<sup>449</sup> EuGH, Urt. v. 03.12.2009, Rs. C-424/07 – Kommission/Deutschland (Neue Märkte), Rn. 85 ff., insbes. 93 f. vgl. dazu mit Verweis auf gleichsinnige Stellungnahmen der Kommission auch *M. Ludwigs*, in Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, S. 251 (262 f.); *ders.*, Die Verwaltung 44 (2011), S. 41 (58 mit Fn. 111). – Wie diese Rechtsprechung vor Augen führt, ist im Hinblick auf das Recht der Telekommunikationsmärktregulierung nicht nur die Letztentscheidungskompetenz der nationalen Regulierungsbehörden, sondern auch die Unbestimmtheit der gesetzlichen Vorgaben unionsrechtlich vorentschieden. An den allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstäben lässt sich daher auch sie nicht messen. Die These, die Unbestimmtheit der entsprechenden Gesetzesbestimmungen bedürfe der Kompensation, müsste sich im Lichte dieser Erwägung auf die verfassungsrechtlichen Integrationsgrenzen oder Maßstäbe des Unionsprimärrechts stützen. Vor dem Hintergrund der derart eingeschränkten Maßstäbe dürfte sie aber nicht zu halten sein.

<sup>450</sup> EuGH, Urt. v. 03.12.2009, Rs. C-424/07 – Kommission/Deutschland (Neue Märkte), Rn. 74.

<sup>451</sup> In diese Richtung auch *M. Eifert*, ZHR 174 (2010), S. 449 (456 f.).

<sup>452</sup> In anderem Kontext dazu deutlich BVerwG, NVwZ 2016, S. 161 (162): „Für den Vollzug unionsrechtlicher Normen sind, unabhängig von den im innerstaatlichen Recht anerkannten Fallgruppen von Beurteilungsspielräumen, den Behörden diejenigen Entscheidungsfreiräume zuzugestehen, die ihnen die zu vollziehende Unionsnorm einräumt oder die notwendig sind, um die Ziele der unionsrechtlichen Bestimmung zu erreichen. Die in der deutschen Verwaltungsrechtstradition geltenden Maßstäbe werden insoweit vom Unionsrecht überlagert. Denn im Rahmen des europäischen Rechts ist es Aufgabe des europäischen Gesetz- bzw. Verordnungsgebers die Rechtspositionen auszugestalten, die Art. 6 III EUV i. V. m. Art. 13 EMRK und Art. 47 GRCh (und im deutschen Rechtskreis Art. 19 IV GG) voraussetzen. Wenn, wie hier, die maßgebenden Regelungen des Unionsrechts in der Auslegung durch den EuGH bestimmen, dass den zuständigen Behörden eine Letztentscheidungskompetenz zukommt, ist demnach kein Raum mehr für die in der deutschen Verwaltungsrechtslehre und -rechtsprechung entwickelten einschränkenden Voraussetzungen für die Annahme von Beurteilungsspielräumen.“

<sup>453</sup> Siehe dazu bereits oben § 5 IV 2 b) cc) (2).

#### (4) Ergebnis

Verfassungsrechtlich ist gegen die weitreichenden Entscheidungsspielräume der BNetzA im Bereich der Telekommunikationsmärkteregulierung demnach nichts zu erinnern. Obwohl die Kompensationsthese gerade für sie geläufig ist, bedürfen sie aus verfassungsrechtlicher Perspektive folglich überhaupt keines Ausgleichs.

#### *cc) Sonstige Rechtsschutzeinschränkungen: Die Unanfechtbarkeit des vergaberechtlichen Zuschlags*

Die Behauptung, auch inhaltlich bedingte Rechtsschutzbeschränkungen bedürften eines (prozeduralen) Ausgleichs, lässt sich am Beispiel des Vergaberechts exemplarisch überprüfen. Die These der Kompensationsbedürftigkeit verbindet sich hier mit der in § 134 GWB vorgesehenen Vorabinformationspflicht. Nach dieser muss die Vergabestelle die unterlegenen Bieter rechtzeitig vor Erteilung des Zuschlags darüber informieren, welcher Konkurrent den Zuschlag erhalten und wann der Vertragsschluss mit diesem frühestens erfolgen soll.<sup>454</sup> Da nach der ausdrücklichen Anordnung des § 168 Abs. 2 S. 1 GWB ein einmal wirksam erteilter Zuschlag auch im gerichtlichen Verfahren nicht mehr aufgehoben werden kann, wird der Zweck dieser Pflicht darin gesehen, „[d]as durch die Unwiderruflichkeit der vollzogenen Verteilungsentscheidung begründete Rechtsschutzdilemma [zu] kompensier[en]“.<sup>455</sup> Die gesetzlich angeordnete Irreversibilität des Zuschlags begegnet in dieser Argumentation als ausgleichsbedürftiges Defizit. Doch besteht dieses Defizit im Lichte der obigen Maßstäbe überhaupt? Gäbe der durch § 168 Abs. 2 S. 1 GWB bewirkte Ausschluss des Primärrechtsschutzes aus verfassungsrechtlicher Perspektive also überhaupt Anlass, über Kompensationsmaßnahmen nachzudenken, wenn es die in § 134 GWB vorgesehene Pflicht zur Vorabinformation nicht gäbe?

#### (1) Uneinigkeit der Rechtsprechung

Für den vergaberechtlichen Unterschwellenbereich hat das BVerfG diese Fragen mit einem klaren „Nein“ beantwortet.<sup>456</sup> Dass gegen Vergabeentscheidungen regelmäßig schon deshalb kein Primärrechtsschutz möglich sei, weil die unterlegenen Bieter erst nach der Zuschlagserteilung von der Erfolglosigkeit ihres eigenen Gebots erführen, bewege sich angesichts der widerstreitenden öffentlichen und privaten Belange, die es im Dreiecksverhältnis von Auftraggeber,

<sup>454</sup> Dazu bereits oben § 3 IV 6 a) m. Nachw.

<sup>455</sup> F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 255; Berufung auf den Kompensationsgedanken auch bei H. Kaelble, Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, 2008, S. 173.

<sup>456</sup> BVerfGE 116, 135 (150 ff., insbes. 154 ff.).

erfolgreichem und unterlegenem Bieter abzuwägen gelte, noch innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Auch wenn der Gesetzgeber keine Pflicht der vergebenden Stelle vorsehe, die erfolglosen Bieter vorab über den geplanten Ausgang des Verfahrens zu informieren, sei hiergegen deshalb aus verfassungsrechtlichen Gründen nichts zu erinnern.<sup>457</sup>

Das BKartA hingegen hat das in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren bereits einige Jahre zuvor ausdrücklich anders gesehen.<sup>458</sup> Ohne eine entsprechende Informationspflicht, so die zugrundeliegende These des Kartellamts, bleibe die Unaufhebbarkeit des vergaberechtlichen Zuschlags hinter den Anforderungen der Rechtsschutzgarantie zurück. Denn – so führt das BKartA unter Verweis auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Informationsanspruch in beamtenrechtlichen Stellenbesetzungsverfahren aus – aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG lasse sich der Grundsatz ableiten, „dass die Verwaltung immer dann zur Information über den Ausgang eines Verwaltungsverfahrens vor dessen Abschluss verpflichtet ist, wenn die das Verfahren abschließende Entscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann“.<sup>459</sup>

#### (2) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für staatliche Vergabeentscheidungen

Im Unterschied zum BVerfG, das angesichts des privatrechtlichen Charakters staatlicher Auftragsvergaben allein den allgemeinen Justizgewähranspruch für anwendbar hält,<sup>460</sup> misst das BKartA die Unaufhebbarkeit des vergaberechtlichen Zuschlags zu Recht an der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>461</sup> Die Engführung des Begriffs der öffentlichen Gewalt, mit der das BVerfG den Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG auf solche Fälle begrenzen will, in denen der Staat auf seine „übergeordnete öffentliche Rechtsmacht“ zurückgreift,<sup>462</sup> überzeugt weder in systematischer noch in teleologischer Hinsicht. Schon der Regelungsstandort der Rechtsschutzgarantie am Ende des Abschnitts über die Grundrechte lässt erkennen, dass der durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierte Rechtsschutz nicht zuletzt auf die Effektuierung der Grundrechtsbin-

<sup>457</sup> BVerfGE 116, 135 (157).

<sup>458</sup> BKartA, NZBau 2000, S. 53 (55 f.).

<sup>459</sup> BKartA, NZBau 2000, S. 53 (56).

<sup>460</sup> BVerfGE 116, 135 (149 f.); implizit anders aber offenbar die Entscheidung der 1. Kammer des 2. Senats in BVerfG, ZfBR 2004, S. 706 (707 f.).

<sup>461</sup> BKartA, NZBau 2000, S. 53 (55 f.). Im Schrifttum wird die Frage der Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG auf diese Verhältnisse zuweilen mit dem Argument für unbeachtlich erklärt, dass der allgemeine Justizgewähranspruch inhaltlich nicht hinter der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zurückbleibe, so etwa *M. H. Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 231 unter Verweis auf *J. Pietzcker*, Die Zerteilung des Vergaberechts, 2001, S. 56 und *M. Kalinowsky*, Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, 2000, S. 71 f.; in diese Richtung auch *J. Pietzcker*, NVwZ 1996, S. 313 (317).

<sup>462</sup> BVerfGE 116, 135 (150).

dung ausgerichtet ist.<sup>463</sup> Ganz in diesem Sinne verband sich bereits im Parlamentarischen Rat mit Art. 19 Abs. 4 GG der Anspruch, „das Verfahren zu kennzeichnen, wodurch die materiellen Grundrechte verfahrensmäßig gesichert“ werden.<sup>464</sup> Da das BVerfG die Grundrechtsbindung staatlicher Stellen aber auch auf deren privatrechtliches Handeln erstreckt,<sup>465</sup> erscheint es angesichts dessen schon aus systematischen Gründen inkonsequent, eben dieses aus dem Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auszuklammern.<sup>466</sup> Das für Art. 1 Abs. 3 GG vertraute teleologische Argument, der Staat dürfe nicht die Möglichkeit haben, sich seiner grundrechtlichen Bindungen durch die Wahl der Rechtsform zu entledigen, greift zudem auch für Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.<sup>467</sup> Die Effektivität der Rechtsschutzgarantie schmälerte es erheblich, könnte sich der Staat durch die Flucht ins Privatrecht der garantierten gerichtlichen Kontrolle entziehen. Auch im Rahmen der staatlichen Auftragsvergabe müssen sich Ausgestaltung und Durchführung des Rechtsschutzes folglich an Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG messen lassen.<sup>468</sup>

### (3) Der Ausschluss des Primärrechtsschutzes im Lichte widerstreitender Verfassungsgüter

Legt man ausgehend davon mit den oben skizzierten Maßstäben zugrunde, dass sich die von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG geforderte Rechtsschutzeffektivität nicht mit der Möglichkeit einer nachträglichen Rechtswidrigkeitsfeststellung begnügt,<sup>469</sup> so führt zunächst kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass die Kombination aus

<sup>463</sup> W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 431 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

<sup>464</sup> So A. Süsterhenn in der 32. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 11.1.1949, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5/I Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, S. 927.

<sup>465</sup> Siehe u. a. BVerfGE 124, 199 (218); 128, 226 (245, 248); 138, 296 (328).

<sup>466</sup> Ebenso O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 9f.

<sup>467</sup> T. Pollmann, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 154.

<sup>468</sup> Im Ergebnis ebenso etwa M. Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 255 ff.; O. Dörr, DÖV 2001, S. 1014 (1014 ff.); ders., Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 10; G. Hermes, JZ 1997, S. 909 (914); M. H. Klingner, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 228 f.; F.-J. Kunert, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, 1977, S. 205 f.; T. Pollmann, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 152 ff.; H. Pünder, VerwArch 95 (2004), S. 38 (54); T. Publ, VVDStRL 60 (2001), S. 456 (484); S. Rixen, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2022, § 131 Rn. 14; differenzierend hingegen W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 389 f. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 65 f. (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

<sup>469</sup> Siehe dazu oben § 5 IV 3 b) aa) (2).



Unaufhebbarkeit der Zuschlagsentscheidung und fehlender Vorabinformation über die erfolgreiche Bieterin *prima facie* hinter den Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zurückbleibt.<sup>470</sup> Erfahren die erfolglosen Bieter erst nach dem Zuschlag vom Ausgang des Verfahren, bleibt ihr Rechtsschutz auf Rechtswidrigkeitsfeststellungen und die Durchsetzung von Sekundäransprüchen limitiert, soweit das Gesetz den Zuschlag gegen gerichtliche Aufhebungen immunisiert.

Die auf die widerstreitenden privaten und öffentlichen Belange abstellende Lösung des BVerfG lässt sich vor diesem Hintergrund als Versuch verstehen, das Problem auf Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu lösen. Und in der Tat greift die Entscheidung des BKartA an eben dieser Stelle zu kurz. Denn sofern auch Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsimmanente Schranken unterliegt,<sup>471</sup> lässt sich erst nach Abwägung der kollidierenden Verfassungsgüter entscheiden, ob die Regelung des § 168 Abs. 2 S. 1 GWB tatsächlich hinter den verfassungsrechtlichen Rechtsschutzanforderungen zurückbliebe, wenn das Gesetz keine Vorabinformationspflicht für die unterlegenen Bieter vorsähe.

Aus rein verfassungsrechtlicher Perspektive erscheint das allerdings alles andere als ausgemacht. So ist zu Gunsten der Regelung zum einen einzupreisen, dass der durch sie bewirkte Wegfall des Primärrechtsschutzes keinesfalls dazu führt, dass die Vergabeentscheidung überhaupt keiner gerichtlichen Kontrolle mehr unterliegt und die erfolglosen Bieterinnen insofern schutzlos gestellt wären. Vielmehr bleibt es ihnen unbenommen, Sekundärrechtsschutz zu suchen und ihr wirtschaftliches Interesse an einer chancengerechten Berücksichtigung im Vergabeverfahren über Schadensersatzklagen geltend zu machen. Durch derartige Schadensersatzansprüche lässt sich die durch eine rechtsfehlerhafte Vergabeentscheidung beeinträchtigte Umsatzchance der unterlegenen Bieterinnen und Bieter zudem vollständig ausgleichen.<sup>472</sup> Im Hinblick auf das wirtschaftliche Interesse an dem zu Unrecht entgangenen Auftrag bleibt der Effekt des Sekundärrechtsschutzes daher allenfalls unmerklich hinter dem Primärrechtsschutz zurück. Und auch die Tatsache, dass das einzelne Vergabeverfahren für die erfolglosen Bieterinnen regelmäßig nur eine unter vielen Möglichkeiten darstellt, ihre Produkte oder Dienstleistungen abzusetzen, lässt das Ge-

---

<sup>470</sup> Für eine Unvereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG etwa *G. Hermes*, JZ 1997, S. 909 (914 f.); *M. H. Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 229 f. sowie *B. Gallwas*, Die rechtliche Stellung des Bieters im öffentlichen Auftragswesen, 1998, S. 213 f.

<sup>471</sup> *C. Ernst*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 150; *P. M. Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 381; *H. D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 GG Rn. 63; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 140; ablehnend hingegen *C. Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, Art. 19 Rn. 53.

<sup>472</sup> BVerfGE 116, 135 (158).

wicht der mit der rechtswidrigen Vergabeentscheidung verbundenen Nachteile für Chancengleichheit und Berufsfreiheit (soweit man diese für einschlägig hält)<sup>473</sup> gering erscheinen.<sup>474</sup> Die Beeinträchtigung der auf deren Durchsetzung gerichteten Rechtsschutzgarantie wiegt angesichts dessen ebenfalls nicht schwer. In Frage zu stellen vermag das allenfalls der Befund, dass sich die unrechtmäßige Auftragserteilung jedenfalls faktisch als unverdiente „Subvention“ für die erfolgreiche Bieterin darstellt und ihr damit gegenüber den unterlegenen Bieterinnen einen Wettbewerbsvorteil verschafft, der über das konkrete Vergabeverfahren hinauswirkt.<sup>475</sup> Ob sich die damit einhergehenden Beeinträchtigungen des Gleichheitsgrundsatzes<sup>476</sup> im Wege des Sekundärrechtsschutzes vollständig ausgleichen lassen, erscheint nicht zuletzt deshalb fraglich, weil ein Ausgleich dieses Vorteils das Wettbewerbsproblem im Regelfall nur verschärft, solange nicht alle unterlegenen Bieter den Rechtsweg beschreiten. Und auch die verfassungsrechtliche Wertung, dass Gleichheitsverstöße nicht durch die Wiederholung der rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung zu Gunsten des ursprünglich Benachteiligten beseitigt werden dürfen, schließt es aus, den erfolglosen Bieterinnen im Wege des Sekundärrechtsschutzes ebenfalls eine rechtswidrige Subvention in entsprechender Höhe zuzusprechen. Gerade im Vergleich zur Möglichkeit, Kompensation für den zu Unrecht entgangenen Auftrag zu erhalten, bleiben die Rechtsschutzeinbußen, die mit dieser Limitierung einhergehen, allerdings gering.

---

<sup>473</sup> Ob die Vergabeentscheidung auch die Berufsfreiheit der unterlegenen Bieter berührt, ist in Schrifttum und Rechtsprechung umstritten; siehe dazu befürwortend (insbesondere für Fälle einer marktbeherrschenden Stellung des Staates) etwa *P. M. Huber*, JZ 2000, S. 877 (878 ff.); *ders.*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 443 ff.; *O. Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 1999, S. 159 ff.; *T. Publ*, VVD-StRL 60 (2001), S. 456 (481 ff.); ablehnend hingegen BVerfGE 116, 135 (151); *J. Pietzcker*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 22 ff.; *ders.*, NZBau 2003, S. 242 (243 f.); ausführlich (und ebenfalls ablehnend) zum Ganzen *T. Pollmann*, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 33 ff., insbes. S. 41; zur Bedeutung des Gleichheitssatzes bei der Auftragsvergabe *G. Hermes*, JZ 1997, S. 909 (912 ff.).

<sup>474</sup> So auch BVerfGE 116, 135 (158).

<sup>475</sup> Vgl. *M. H. Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 51; *G. Roebeling*, JURA 2000, S. 453 (454, 456).

<sup>476</sup> In Bezug auf herkömmliche Subventionen soll die Berufung auf den Gleichheitssatz regelmäßig ausscheiden, weil zwischen den Bewerbern entweder bereits keine Vergleichbarkeit herrscht oder die Subventionsentscheidung auf sachlichen Gründen beruht, die die Differenzierung verfassungsrechtlich gerechtfertigt erscheinen lässt, so etwa *J. Kübling*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 30 Rn. 17. Der These, dass die hier skizzierten Fälle den Gleichheitssatz berühren, steht das indes nicht entgegen, weil die unrechtmäßige Bevorzugung des erfolgreichen Bieters gerade nicht auf Sachgründen beruht; ebenso *T. Pollmann*, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 29; vgl. allgemein zur Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG im Kontext staatlicher Auftragsvergabe ebd., S. 28 ff.

Vor allem das BVerfG weist zu Gunsten der Rechtsschutzeinschränkungen zudem darauf hin, dass die Möglichkeit des (vorlaufenden) Primärrechtsschutzes mit der Wirtschaftlichkeit und Funktionsfähigkeit der Verwaltung in Konflikt geraten könne. Angesichts der Häufigkeit, in der die Verwaltung staatliche Aufträge vergebe, drohe die Möglichkeit, einen jeden Zuschlag gerichtlich überprüfen zu lassen, einen zeitlichen und sachlichen Aufwand zu generieren, der die Vergabe letztlich unwirtschaftlich erscheinen lassen könne.<sup>477</sup> Dass der Primärrechtsschutz aber einen höheren finanziellen und personellen Aufwand erzeugt als die ohnehin mögliche gerichtliche Auseinandersetzung über eventuelle Schadensersatzansprüche, erscheint wenig plausibel. Im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung dürfte angesichts dessen schwerer wiegen, dass die Ermöglichung effektiven Primärrechtsschutzes nur dann gelingt, wenn die Verwaltung mit dem Vollzug der Vergabeentscheidung zuwartet, bis die Anfechtungsfrist abgelaufen ist und eventuelle Rechtsschutzverfahren abgeschlossen sind. Angesichts der Dauer und potentiellen Vielzahl derartiger Verfahren verlängerte sich das Vergabeverfahren hierdurch allerdings so erheblich, dass auch Beeinträchtigungen der Verwaltungstätigkeit wahrscheinlicher werden dürften. Dass die Möglichkeit eines nachträglichen Primärrechtsschutzes angesichts der zu erwartenden Verzögerungen und Unwägbarkeiten auch mit dem Interesse an Rechtssicherheit auf Seiten der erfolgreichen Bieter in Konflikt geraten kann, ist im Lichte dieser Erwägung leicht zu erkennen.<sup>478</sup>

Der Ausschluss des Primärrechtsschutzes verspricht im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und die Rechtssicherheit der erfolgreichen Bieter demnach merkliche Vorteile, beeinträchtigt die Rechtsschutzgarantie aber nur gering. Entgegenhalten lassen sich ihm so in erster Linie öffentliche Belange: Fällt der Primärrechtsschutz weg, so entfällt nicht nur die bedeutendste Sicherung der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, sondern auch das verfassungsrechtliche Gebot wirtschaftlicher Haushaltsführung drohte unter Umständen Einbußen zu erleiden.<sup>479</sup> Die unterlegenen Bieter auf den Sekundärrechtsschutz zu verweisen, eröffnete dem Staat die Möglichkeit, sich von seiner Rechtspflicht zur Gewährleistung eines chancengleichen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen gewissermaßen freizukaufen, und drohte die Anreize, die der Primärrechtsschutz bisher für eine sorgfältige Prüfung der rechtlichen Vorgaben bot, zu beseitigen. Mit der oben bereits angesprochenen „Ehrenmanntheorie“ mag man diese Gefahr für gering halten, empirisch gesichert ist das aber nicht. Andererseits ist freilich ebenfalls nicht auszuschließen, dass auch die Gefahr drohender Schadensersatzprozesse eine disziplinierende Wirkung auf die behördliche Entscheidungsfindung ausübt, die hinter derjenigen, die von einer

---

<sup>477</sup> BVerfGE 116, 135 (158).

<sup>478</sup> Vgl. zu diesem Rechtssicherheitsaspekt etwa BVerfGE 116, 135 (156).

<sup>479</sup> BVerfGE 116, 135 (157f.).

möglichen Aufhebung des Zuschlags ausginge, nicht notwendigerweise zurückbleibt.

Für die Wirtschaftlichkeit der Verwaltung begründete der Verweis auf den Sekundärrechtsschutz allerdings die Gefahr, nicht nur die (zu hohen) Kosten für die Leistung des – zu Unrecht – erfolgreichen Bieters tragen zu müssen, sondern daneben auch für den Schaden der – zu Unrecht – unberücksichtigt gebliebenen Bieterinnen ausgleichen zu müssen. Gerade bei großvolumigen Aufträgen ist dieses Risiko angesichts des Ausmaßes der möglichen finanziellen Schäden erheblich. Ob aus diesem öffentlichen Interesse an der Sicherung wirtschaftlicher Haushaltsführung zu folgern ist, dass die Rechtsschutzgarantie zumindest für besonders finanzintensive Aufträge die mit der Eröffnung des Primärrechtsschutzes einhergehenden Einbußen für die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und die Rechtssicherheit der erfolgreichen Bieterinnen überwiegt, erscheint dennoch zweifelhaft. Denn räumte man der Rechtsschutzgarantie gerade aufgrund dieser überindividuellen Belange den Vorzug ein, begriffe man sie nicht in erster Linie als Instrument zum Schutz individueller Rechte, sondern stellte sie stattdessen in den Dienst des öffentlichen Interesses. Der Teleologie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG entspräche das nicht. Zwar ist im Grundsatz anerkannt, dass die Rechtsschutzgarantie auch objektiv-rechtliche Auswirkungen entfaltet,<sup>480</sup> doch bilden diese im System des Art. 19 Abs. 4 GG bloße „Nebenprodukt[e]“,<sup>481</sup> deren Erzeugung eher glücklicher Zufall als intendierte Folge ist. Für die Bestimmung des Gewichts, das Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG im Rahmen der verfassungsrechtlichen Abwägung zukommt, ist der Beitrag, den der Rechtsschutz zur Durchsetzung öffentlicher Interessen leistet, daher von untergeordneter Bedeutung. Ein eindeutiges Überwiegen der Rechtsschutzgarantie lässt sich angesichts dessen nicht feststellen. Auch wenn der Ausschluss des Primärrechtsschutzes demnach durchaus zu Beeinträchtigungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG führt, stellt er sich angesichts der widerstreitenden Verfassungsbelange dennoch nicht als ausgleichsbedürftiges Defizit dar.

---

<sup>480</sup> W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 470 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020), vgl. auch ebd., Rn. 155 ff.; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 19 Rn. 37: Art. 19 Abs. 4 GG „sichert zudem die objektive Rechtskontrolle und damit die tatsächliche Geltung des Rechts“ (Nachweise ausgelassen).

<sup>481</sup> W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 471 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); ähnlich P. M. Huber, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Bd. II, 2019, S. 1771 (1787): „Reflex“; tendenziell anders aber H. Maurer, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 467 (475).

(4) *Zur Vollständigkeit: Der Ausschluss des Primärrechtsschutzes im Lichte unionsrechtlicher Vorgaben*

Dass die Kompensationsthese in Bezug auf die vergaberechtlichen Rechtsschutz einschränkungen dennoch nicht fehl geht, zeigt sich so erst im Lichte des Unionsrechts. Denn wie der EuGH in Antwort auf eine Vorlagefrage des österreichischen Bundesvergabeamts unmissverständlich klargestellt hat, begründet der Ausschluss des Primärrechtsschutzes aus unionsrechtlicher Perspektive durchaus einen Mangelzustand, dem es im nationalen Recht abzuhelpen gilt.<sup>482</sup> Denn: „Art. 2 I lit. a u. b i.V. mit Abs. 6 Unterabs. 2 Richtlinie 89/665/EWG [ist] dahin auszulegen, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, in dem der [Antragssteller] unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadensersatz zu verlangen, die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.“<sup>483</sup>

(5) *Ergebnis*

Die Unaufhebbarkeit vergaberechtlicher Zuschlagsentscheidungen erweist sich angesichts dessen tatsächlich als ausgleichsbedürftiges Defizit. Indes geht das nicht auf die Vorgaben der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie, sondern auf diejenigen unionsrechtlicher Richtlinienvorgaben zurück.

dd) *Ergebnis*

Für das Verwaltungsrecht zeichnen die vorstehenden Überlegungen demnach ein durchaus gemischtes Bild: Aus rechtlicher Perspektive besteht der Ausgleichsbedarf, auf den die Kompensationsthese aufbaut, zwar in manchen, keinesfalls jedoch in allen Fällen. Und nicht immer kann sich die Prüfung insofern mit der Berufung auf verfassungsrechtliche Maßstäbe begnügen. Stattdessen verleiht das Unionsrecht der Beantwortung der Frage, ob in bestimmten Fallkonstellationen tatsächlich ein ausgleichsbedürftiges Defizit besteht, eine Komplexität, die deutlich macht, dass die Kompensationsthese ohne eine eingehende und rechtlich umfassende Einzelfallprüfung nicht zu überzeugen vermag.

<sup>482</sup> Ausführlich zu den unionsrechtlichen Anforderungen an den Rechtsschutz gegen Zuschlagsentscheidungen *M. H. Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 200ff.

<sup>483</sup> EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98 – Alcatel Austria u. a./Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, Rn. 43. Vgl. EuG, Urt. v. 20.09.2011, Rs. T-461/08 – Evropaiki Dynamiki/EIB, Rn. 117 ff., wo das Gericht unter Berufung auf das als allgemeinen Rechtsgrundsatz verstandene Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf eine begründete Vorabinformation über den geplanten Zuschlag verlangt.

*b) Ausgleichsbedürftige Defizite in gesetzgeberischen  
Entscheidungskonstellationen*

Für die Kompensationslagen, die durch erhöhte Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren ausgeglichen werden sollen, stellt sich das nicht anders dar. Ein Blick auf zwei ausgewählte Beispiele – die Ausgestaltung des Länderfinanzausgleichs (dazu lit. aa) und die (Fach-)Planung durch Parlamentsgesetz (dazu lit. cc) – genügt, um auch hier den Befund zu bestätigen, dass die Kompensationsthese vielfach vorschnell über die Frage hinweggeht, ob eine bestimmte Fallkonstellation aus rechtlicher Perspektive überhaupt Anlass dazu gibt, (prozedurale) Ausgleichsmaßnahmen einzufordern. Wie bereits gezeigt, fällt die Antwort hierauf meist schon deshalb negativ aus, weil an der Spitze der innerstaatlichen Normenhierarchie übergeordnete Maßstäbe fehlen, im Lichte derer sich die Unbestimmtheit grundgesetzlicher Vorgaben oder die verfassungsrechtliche Einräumung gesetzgeberischer Letztentscheidungsbefugnisse als ausgleichsbedürftiges Defizit erweisen könnte. Für im Wege der Verfassungsänderung nachträglich eingeführte Bestimmungen des Grundgesetzes bieten immerhin die nach Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfesten Grundsätze einen Maßstab.<sup>484</sup> Doch bleibt deren inhaltliche Reichweite begrenzt.<sup>485</sup> Insbesondere im Hinblick auf die legislativen Einschätzungs- oder Gestaltungsspielräume, an die die Kompensationsthese ja immer wieder anknüpft, lassen sich ihnen keine Maßstäbe entnehmen (dazu lit. bb).<sup>486</sup> Schon losgelöst von Einzelfallbeispielen zeigt das, dass der Anwendungsbereich der Idee einer Kompensation durch Gesetzgebungsverfahren weitaus kleiner ist, als dies gemeinhin angenommen wird.

*aa) Unbestimmtheit des Rechts: Die gesetzgeberische Ausgestaltung  
des Länderfinanzausgleichs*

Zu den wenigen Konstellationen, in denen die verfassungsrechtliche Kompensationsthese an ein vermeintliches Defizit einer nachträglich eingefügten Verfassungsnorm anknüpft, zählt der Länderfinanzausgleich.<sup>487</sup> Dass die Unbestimmtheit grundgesetzlicher Vorgaben selbst in den Konstellationen keines-

<sup>484</sup> Siehe oben § 5 II c) aa).

<sup>485</sup> Siehe oben § 5 IV 1 b) bb), IV 1 c) bb), IV 1 d) bb), IV 2 b) cc) (2), IV 2 c) dd).

<sup>486</sup> Siehe oben § 5 IV 2 b) cc) (2), IV 2 c) dd).

<sup>487</sup> Normative Grundlage bildet hier Art. 107 Abs. 2 GG. Er wurde mit Gesetz vom 13.7.2017, BGBl. I, S. 2347 (2347f.) in das Grundgesetz aufgenommen. Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG verlangt, „dass die unterschiedliche Finanzkraft der Länder angemessen ausgeglichen wird“. In der Ursprungsfassung des Grundgesetzes war diese Vorgabe nicht enthalten. Vielmehr sah diese in Art. 106 Abs. 4 GG insofern folgende Regelung vor: „Um die Leistungsfähigkeit auch der steuerschwachen Länder zu sichern und eine unterschiedliche Belastung der Länder mit Ausgaben auszugleichen, kann der Bund Zuschüsse gewähren und die Mittel hierfür bestimmten den Ländern zufließenden Steuern entnehmen. Durch Bundesgesetz, welches der Zustimmung des Bundesrates bedarf, wird bestimmt, welche Steuern hierbei herangezogen werden und mit welchen Beträgen und nach welchem Schlüssel die Zuschüsse an die aus-

falls immer eines Ausgleichs bedarf, in denen sie sich im Lichte der Vorgaben des Art. 79 Abs. 3 GG grundsätzlich als defizitär erweisen könnte, lässt sich daher an ihm exemplarisch illustrieren.

*(1) Rekapitulation: Die Unbestimmtheit der verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Länderfinanzausgleich*

Für den Länderfinanzausgleich enthält das Grundgesetz, so diagnostiziert auch das BVerfG, „keine unmittelbar vollziehbaren Maßstäbe“, vielmehr seien diese nur „in unbestimmten Begriffen festgelegt[.]“.<sup>488</sup> Die Norm, auf die sich diese Äußerungen beziehen, ist Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG. Im Hinblick auf den Finanzausgleich der Länder gibt sie dem Gesetzgeber lediglich auf, dafür Sorge zu tragen, „dass die unterschiedliche Finanzkraft der Länder angemessen ausgeglichen wird“. Insofern der Verweis auf die Angemessenheit des Finanzausgleichs mehr als eine mögliche Konkretisierung zulässt,<sup>489</sup> erweisen sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben folglich als unbestimmt.

*(2) Die Unbestimmtheit des „angemessenen“ Ausgleichs als kompensationsbedürftige Defizitlage*

Wie gesehen, stößt die Unbestimmtheit verfassungsrechtlicher Vorgaben indes erst dort an rechtliche Grenzen, wo sich den entsprechenden Bestimmungen auch im Wege der Auslegung keine handhabbaren Kontrollmaßstäbe mehr entnehmen lassen. Der nach Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfeste und insofern auch für Verfassungsänderungen maßstäbliche Kern des Bestimmtheitsgrundsatzes beschränkt sich angesichts dessen auf einen Minimalgehalt, der nicht mehr verlangt als die Möglichkeit, den fraglichen Normen überhaupt justiziable Standards für die gerichtliche Kontrolle zu entnehmen.<sup>490</sup> Freilich wäre es ein Missverständnis anzunehmen, dass verfassungsrechtliche Normen dem demnach maßgeblichen Kriterium der Justiziabilität erst und nur dann genügen, wenn sich ihnen für jeden Fall eine einzig richtige Antwort entnehmen lässt. Vielmehr stehen Spielräume der verfassungsrechtlichen Bestimmtheit so lange nicht entgegen, wie sich deren Grenzen klar bestimmen lassen. Schon im Hinblick auf den herkömmlichen Bestimmtheitsgrundsatz ist insofern zu Recht anerkannt, dass es genügt, wenn das Gesetz Kriterien zu erkennen gibt, an denen sich Weite und Ausfüllung der entsprechenden Spielräume orientieren müssen.<sup>491</sup> Dass

gleichberechtigten Länder verteilt werden; die Zuschüsse sind den Ländern unmittelbar zu überweisen.“

<sup>488</sup> BVerfGE 101, 158 (215).

<sup>489</sup> Zur entsprechenden Definition von Unbestimmtheit oben § 5 III 1, IV 1 a).

<sup>490</sup> Vgl. K.-E. Hain, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 69 sowie bereits oben § 5 IV 1 b) bb) (2).

<sup>491</sup> B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 63 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); I. Kanalan, Die universelle Durchsetzung des

die Forderung, Finanzkraftunterschiede der Länder „angemessen“ auszugleichen, keine – wie das BVerfG formuliert – „unmittelbar vollziehbaren Maßstäbe“ enthält, gerät mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen, zumal mit denjenigen des Art. 79 Abs. 3 GG, demnach keinesfalls notwendigerweise in Konflikt.<sup>492</sup> Erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr einzig, dass die Verfassung es den Gerichten ermöglicht, ihr im Wege der Auslegung Kriterien zu entnehmen, die ihnen bei der Entscheidung darüber Orientierung bieten, ob der Gesetzgeber den ihm gesteckten Spielraum überschritten hat. Genau dies aber tut Art. 107 Abs. 2 GG, wenn er etwa vorgibt, die Finanzstärke und den Finanzbedarf der Gemeinden zu berücksichtigen,<sup>493</sup> oder es erlaubt, der Leistungsschwäche derjenigen Länder Rechnung zu tragen, deren Gemeinden eine besonders geringe Steuerkraft aufweisen oder die an anderen Fördermitteln im Verhältnis zu ihrer Einwohnerzahl unterdurchschnittlich partizipieren. Darüber hinaus zeigt der systematische Zusammenhang mit der Grundentscheidung des Art. 107 Abs. 1 GG, dass ein angemessener Ausgleich jedenfalls nicht darin bestehen kann, eine völlige Angleichung der Länderfinanzen herbeizuführen, weil auf diese Weise der von Abs. 1 intendierte Effekt, die Länder für ihre erfolgreiche Wirtschaftspolitik zu „belohnen“, ausgehebelt würde.<sup>494</sup> Zudem macht auch der Wortlaut, der ja lediglich einen „angemessenen“ Ausgleich verlangt, deutlich, dass ein Vollaussgleich verfassungsrechtlich gerade nicht gefordert ist.<sup>495</sup> Und auch der Zweck des Finanzausgleichs, einerseits die Staatlichkeit der Länder finanziell abzusichern und andererseits zu gewährleisten, dass ihre Leistungsfähigkeit gegenüber den in ihnen lebenden Bürgern vergleichbar ist, begrenzt die gesetzgeberische Konkretisierung der Ausgleichshöhe.<sup>496</sup> Aus all diesen Faktoren mag sich die Höhe des Finanzausgleichs nicht eindeutig ergeben, doch sie erlauben den Gerichten ein Urteil darüber, ob der Gesetzgeber selbst insofern eine verfassungsrechtlich zulässige Entscheidung getroffen hat. Aus rechtlicher Perspektive ist gegen die Unbestimmtheit, die mit

---

Rechts auf Nahrung gegen transnationale Unternehmen, 2015, S. 16 konkretisiert auch den Begriff der Justiziabilität entsprechend: „Vom Vorliegen dieser Eigenschaft kann dann ausgegangen werden, wenn [...] genügend Kriterien juristischer Argumentation vorliegen“.

<sup>492</sup> Allgemein für eine Justiziabilität der entsprechenden Verfassungsvorgaben u. a. *H.-W. Arndt*, JZ 1992, S. 971 (971), der das „nach allgemeinem Verfassungsverständnis [für] unbestreitbar“ hält; *R. Prokisch*, Die Justiziabilität der Finanzverfassung, 1993, S. 230 ff.; *S. Koriath*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 609 ff.

<sup>493</sup> Hierauf weist ebenfalls hin *S. Koriath*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 611.

<sup>494</sup> *H.-W. Arndt*, JZ 1992, S. 971 (972); *S. Koriath*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 612 f.

<sup>495</sup> *S. Koriath*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 612; im Ergebnis ebenso *R. Prokisch*, Die Justiziabilität der Finanzverfassung, 1993, S. 236.

<sup>496</sup> *R. Prokisch*, Die Justiziabilität der Finanzverfassung, 1993, S. 237 f., der im Hinblick auf den Bezugspunkt der Bürger auf *P. Kirchhof*, Der Verfassungsauftrag zum Länderfinanzausgleich als Ergänzung fehlender und als Garant vorhandener Finanzautonomie, 1982, S. 22 f. verweist.



der in Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG enthaltenen Forderung eines Finanzausgleichs in „angemessener“ Höhe einhergeht, daher nichts zu erinnern.<sup>497</sup> Auch eines irgendwie gearteten Ausgleichs bedarf sie deshalb nicht.

*bb) Eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte*

Im Hinblick auf die zweite Fallgruppe, die Kompensation eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle, ließe sich ebenfalls auf die gesetzgeberische Ausgestaltung des Länderfinanzausgleichs abstellen. Der Gesetzgeber, so hat das BVerfG immer wieder betont, genießt hier einen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum, der verfassungsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.<sup>498</sup> Dass die daraus resultierende Letztentscheidungsbefugnis der Gesetzgebungsorgane aber keine kompensationsbedürftige Mangellage darstellt, ist oben schon unabhängig vom konkreten Fall erkennbar geworden.<sup>499</sup> Da das Grundgesetz keine Maßstäbe bereit hält, im Lichte derer sich Letztentscheidungsbefugnisse der Gesetzgebungsorgane als verfassungswidrig erweisen könnten, besteht insofern auch kein ausgleichsbedürftiges Defizit.

*cc) Sonstige Rechtsschutzeinschränkungen: Die (Fach-)Planung durch Parlamentsgesetz*

Die mit der dritten Fallgruppe verbundene These, das Gesetzgebungsverfahren müsse Rechtsschutzeinschränkungen ausgleichen, findet sich vor allem im Zusammenhang mit Fällen der Legalplanung prominent vertreten.<sup>500</sup> Werde die (Fach-)Planung von der Exekutive auf die Legislative verlagert und infolgedessen in parlamentsgesetzlicher Form beschlossen, entziehe der Gesetzgeber die Planungsentscheidung der fachgerichtlichen Kontrolle, weil individueller Rechtsschutz gegen Gesetze allein im Wege der Verfassungsbeschwerde zu erlangen sei. Durch die Wahl der Rechtsform beschränke der Gesetzgeber folglich die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes. Mit Art. 19 Abs. 4 GG sei das unvereinbar.<sup>501</sup>

<sup>497</sup> Selbst *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Grundfragen des Länderfinanzausgleichs gem. Art. 107 II GG, 1984, S. 80, der meint, der Vorgabe eines „angemessenen“ Ausgleichs lasse sich überhaupt kein materieller Maßstab, sondern lediglich die Zuweisung einer Letztentscheidungskompetenz an den Gesetzgeber entnehmen, hält die Regelung in rechtlicher Hinsicht für unproblematisch, ja sogar für sachgerecht.

<sup>498</sup> Siehe BVerfGE 72, 330 (390); zu Art. 104a Abs. 4 GG auch BVerfGE 39 (96 (114 f.)); *S. Koriath*, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 76 ff., 611 f. m. w. Nachw.; ähnlich *G. F. Schuppert/R. Dabrendorf*, Verfassungsrechtliche und finanzwissenschaftliche Aspekte des Länderfinanzausgleichs, 1985, S. 13

<sup>499</sup> Siehe oben § 5 IV 2 b) cc) (2), IV 2 c) dd).

<sup>500</sup> Siehe oben § 3 V 2 b), V 3 d) bb).

<sup>501</sup> So insbes. *F. Ossenbühl*, in: Festschrift für W. Hoppe, 2000, S. 183 (192 f.) sowie *T. Groß*, JZ 2020, S. 76 (80); vgl. im Zusammenhang mit der Diskussion über das Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – MgvG) ferner *A. Brade*, EurUP 2020, S. 140 (142 f.); *B. Wege-*

Träfe das zu, bestünde kein Zweifel daran, dass Legalplanungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive stets eines Ausgleichs bedürften. Doch ganz so einfach ist es nicht. Denn die Behauptung, die Planung durch Gesetz bleibe hinter den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG zurück und verlange daher eine Kompensation (durch Verfahren), beruht auf zwei Prämissen, die beide nicht restlos überzeugen: Erstens, dass die Gesetzesform der Planungsentscheidung fachgerichtlichen Rechtsschutz ausschließt (dazu [1]), und zweitens, dass die unbestrittenermaßen eröffnete Möglichkeit, Verfassungsbeschwerde zu erheben, keine Rechtsschutzoption darstellt, die den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG an eine wirksame Gerichtskontrolle genügt (dazu [2]).<sup>502</sup>

*(1) Zur Möglichkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen gesetzgeberische (Fach-)Planungsentscheidungen*

Inzidentrechtsschutz gegen gesetzgeberische (Fach-)Planungsentscheidungen können auch die Verwaltungsgerichte leisten. Zwar ist die förmliche Normenkontrolle ebenso dem BVerfG vorbehalten, wie das Recht, die Nichtigkeit eines Gesetzes festzustellen. Der verwaltungsgerichtlichen (Vor-)Kontrolle unterliegen Planungsgesetze aber dennoch: Bildet das Planungsgesetz die Grundlage für spätere grundrechtsrelevante Verwaltungsmaßnahmen, insbesondere Enteignungen, so können sich die Betroffenen gegen diese vor den Verwaltungsgerichten wehren. Im Rahmen der daraus resultierenden Verfahren müssen die Verwaltungsgerichte auch die Frage beantworten, ob das Planungsgesetz, auf dem die angefochtene Maßnahme beruht, selbst den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Hegt es Zweifel daran, so ist das Gesetz gem. Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG zur Prüfung vorzulegen.

Nichts anderes gilt zweitens auch für die Möglichkeit, das Planungsgesetz über den Umweg der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage einer Inzidentprüfung zuzuführen.<sup>503</sup> Zwar lässt sich eine solche Feststellungsklage nicht unmittelbar auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit des betreffenden Planungsgesetzes richten.<sup>504</sup> Auch vor den Verwaltungsgerichten zulässig ist es indes, die Feststellung zu beantragen, dass gerade trotz oder we-

---

ner, ZUR 2020, S. 195 (196 ff., 203 f.); keinen Konflikt mit Art. 19 Abs. 4 GG sehen hingegen A. Kürschner, Legalplanung, 2020, S. 151; S. Pernice-Warnke, EurUP 2020, S. 145 (156 ff.); A. v. Weschpfennig, AÖR 145 (2020), S. 438 (450 ff.); J. Ziekow, Vorhabenplanung durch Gesetz, 2020, S. 59 ff.; ferner L. P. Hamacher, Standortauswahl für ein Endlager für hochradioaktive Abfälle, 2022, S. 234 ff.

<sup>502</sup> Dazu sowie zum Folgenden überzeugend A. v. Weschpfennig, AÖR 145 (2020), S. 438 (450 ff.).

<sup>503</sup> Siehe zur Möglichkeit verwaltungsgerichtlicher Feststellungsklagen gegen Parlamentsgesetze nur T. Barczak, in: Modrzejewski/Naumann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 5, 2019, S. 17; ders., DVBl. 2019, S. 1040; W.-R. Schenke, NVwZ 2016, S. 720 (723 ff.).

<sup>504</sup> F. Fellenberg/U. Karpenstein, NVwZ 2006, S. 1133 (1134); M. Möstl, in: Posser/Wolff

gen der (Un-)Gültigkeit einer Gesetzesnorm ein Rechtsverhältnis besteht, das subjektive Rechtspositionen des Klägers berührt.<sup>505</sup> Selbst das BVerfG hat für den Rechtsschutz gegen Parlamentsgesetze eine solche Feststellungsklage bereits wiederholt für zulässig erachtet und die Erhebung der Verfassungsbeschwerde davon abhängig gemacht, dass die Beschwerdeführerin vor dem Gang nach Karlsruhe auch diese Möglichkeit ergreift.<sup>506</sup> Da verfassungswidrige und infolgedessen nichtige Gesetze allerdings keinerlei Rechtswirkungen entfalten und sie Rechtsverhältnisse folglich auch weder begründen noch berühren können, obliegt es den Verwaltungsgerichten auch im Rahmen derartiger Feststellungsklagen, inzident die Verfassungsmäßigkeit des fraglichen Planungsgesetzes zu prüfen und es bei entsprechenden Zweifeln dem BVerfG vorzulegen. Dass der Umweg über das Vorlageverfahren eine gewisse prozessuale Hürde etabliert<sup>507</sup> und aufgrund der Verfahrensdauer zu Rechtsschutzverzögerungen führen kann, ist freilich nicht zu bestreiten. Die Gefahr, dass der Rechtsschutz damit zu spät kommt, ist indes dennoch gering. Denn erfolgt die Inzidentprüfung und Vorlage im Rahmen der zuerst skizzierten Anfechtungskonstellation, so verhindert bereits die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage den Eintritt irreversibler Folgen.<sup>508</sup> Für den Inzidentrechtsschutz über die Feststellungsklage lässt sich dies über den einstweiligen Rechtsschutz ebenfalls gewährleisten. Einer Vorlage an das BVerfG bedarf es für dessen Gewährung zudem in aller Regel nicht.<sup>509</sup> Auch gegen parlamentarische Planungsgesetze verspricht der Gang vor die Fachgerichte demnach durchaus Rechtsschutz. Zumindest inzident können sie auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der justiziellen Kontrolle zugeführt werden. Dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG aber gerade keine prinzipiale Normenkontrolle erfordert, sondern ihm auch die inzidente Prüfung von Normen genügt, ist weitgehend anerkannt.<sup>510</sup>

---

(Hrsg.), BeckOK VwGO, Stand: 01.01.2023, § 43 Rn. 4, 29; *W.-R. Schenke*, NJW 2017, S. 1062 (1063).

<sup>505</sup> *J. Pietzcker*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 43 VwGO Rn. 25 ff. (Stand: 17. Erg.-Lfg. Oktober 2008); vgl. auch BVerfG, NVwZ 2004, S. 977 (979) sowie *M. Möstl*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, Stand: 01.01.2023, § 43 Rn. 30.

<sup>506</sup> BVerfGE 74, 69 (75 f.); 145, 20 (54 f.); BVerfG, NVwZ 2004, S. 977 (979); NVwZ-RR 2016, S. 1 (1 f.); im Hinblick auf Rechtsverordnungen ebenso BVerfGE 115, 81 (91 ff.); BVerfG, NVwZ-RR 2002, S. 1 (1 f.); NVwZ 2005, S. 79 (79); vgl. zum Ganzen auch *S. Detterbeck*, AöR 136 (2011), S. 222 (260 f.); *W. Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 198.

<sup>507</sup> Vgl. *F. Ossenbühl*, in: Festschrift für W. Hoppe, 2000, S. 183 (192): Es muss „zuvor gehen, den Fachrichter von der Verfassungswidrigkeit des Plangesetzes zu überzeugen“.

<sup>508</sup> Siehe § 80 Abs. 1 VwGO.

<sup>509</sup> BVerfGE 46, 43 (51); *R. Müller-Terpitz*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, § 80 Rn. 166 (Stand: 46. Erg.-Lfg. April 2015); zur Ausnahmekonstellation, dass die Hauptsache vorweggenommen und der Zugriff des BVerfG deshalb vereitelt würde, wenn eine Vorlage im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes unterbliebe BVerfGE 63, 131 (141).

<sup>510</sup> Siehe nur *A. Kürschner*, Legalplanung, 2020, S. 144; *H.-J. Papier*, in: Isensee/Kirchhof

Bei genauer Betrachtung scheinen die Rechtsschutzbedenken, die gegen die Planung durch Gesetz vorgebracht werden, denn auch eigentlich daher zu rühren, dass die Wahl der Gesetzesform zugleich den Kreis der anwendbaren Rechtsmaßstäbe beschneidet.<sup>511</sup> Während sich administrative Planungsentscheidungen auch am einfachgesetzlichen Fachrecht messen lassen müssen, entziehen sich gesetzliche Planungsakte den einfachgesetzlichen Maßstäben schon aus normhierarchischen Gründen. Über Art. 19 Abs. 4 GG lassen sich diese Bedenken aber nicht einfangen. Er garantiert keinen Mindestbestand materieller Rechtsmaßstäbe, sondern gewährleistet lediglich, dass zur Durchsetzung bestehender Rechte der Gerichtsweg offensteht.<sup>512</sup>

(2) *Zur Effektivität des im Wege der (Gesetzes-)Verfassungsbeschwerde zu erlangenden Rechtsschutzes*

Ungeachtet dieser Optionen verwaltungsgerichtlichen Inzidentrechtsschutzes gewährleistet auch die Verfassungsbeschwerde die Möglichkeit, Planungsgesetze einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen.<sup>513</sup> Limitierungen ergeben sich einzig im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab: Sofern das fragliche Gesetz subjektive Rechte der Beschwerdeführer betrifft, die im Unionsrecht wurzeln, so bietet die Verfassungsbeschwerde hiergegen nur teilweise Schutz.<sup>514</sup> Zwar hat das BVerfG in jüngerer Zeit klargestellt, dass im Wege der Verfassungsbeschwerde auch Verletzungen der Unionsgrundrechte gerügt werden können.<sup>515</sup> Insbesondere auf die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und sonstige subjektiv-öffentlichen Unionsrechte erstreckt sich das Mandat des BVerfG allerdings nicht.<sup>516</sup> Sind solche aber nicht betroffen, erweist sich der über die Verfassungsbeschwerde gewährleistete Rechtsschutz als durchaus effektiv.

---

(Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 29; *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020) Rn. 353, 438 ff.; *ders.*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 145 ff.; implizit ebenso BVerfGE 115, 81 (92 ff.).

<sup>511</sup> Deutlich bei *F. Ossenbühl*, in: Festschrift für W. Hoppe, 2000, S. 183 (192), der ein „materiellrechtliches“ Rechtsschutzdefizit ausmacht, das darin bestehe, dass das BVerfG Planungsgesetze nur „an verfassungsrechtlichen Maßstäben [messen und] nicht an Hand einfachgesetzlicher Kriterien und Maßstäbe“ kontrollieren könne; ebenso *T. Groß*, JZ 2020, S. 76 (80); im Hinblick auf Maßnahmegesetze ebenso *A. Janssen*, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, 1990, S. 194; siehe aber auch *P. Kunig*, JURA 1993, S. 308 (312 f.), der argumentiert, Art. 19 Abs. 4 GG stehe den Rechtsschutzeinbußen, die aus der Entscheidung für das Gesetz als Handlungsform resultieren, nicht entgegen, sofern eben diese Entscheidung dem Maßstab des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG – dem Verbot des Einzelfallgesetzes – Stand halte.

<sup>512</sup> *D. Lorenz*, JURA 1983, S. 393 (395).

<sup>513</sup> Im Ergebnis ebenso *A. Kürschner*, Legalplanung, 2020, S. 142, 146; *J. Ziekow*, Vorhabenplanung durch Gesetz, 2020, S. 60, 69.

<sup>514</sup> Daher kritisch *T. Groß*, JZ 2020, S. 76 (80).

<sup>515</sup> BVerfGE 152, 216 (236 ff.); dazu *F. Scheffczyk*, NVwZ 2020, S. 977 (977 f.).

<sup>516</sup> Der Grundsatz, nach dem das Unionsrecht nicht zum Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde zählt, wurde durch die soeben zitierte Recht auf Vergessen II-Entscheidung

Sofern das Schrifttum das anders bewertet, beruft es sich zur Begründung meist auf den im Kern zutreffenden Befund, dass der Großteil der Verfassungsbeschwerden das Annahmeverfahren nicht passiere, die bloße Möglichkeit, eine Verfassungsbeschwerde zu erheben, aber keinen wirksamen Rechtsschutz bewirke, wenn über die Beschwerde selbst am Ende überhaupt nicht entschieden werde.<sup>517</sup> Freilich ist die restriktive Annahmepaxis des BVerfG in den entsprechenden normativen Grundlagen keinesfalls zwingend vorgegeben. Insbesondere die sog. Durchsetzungsannahme, also die Pflicht des Gerichts, eine Beschwerde zur Entscheidung anzunehmen, wenn dies zur Durchsetzung der gerügten (Grund-)Rechte „angezeigt“ ist, eröffnet dem Gericht erheblichen Spielraum,<sup>518</sup> der es ohne weiteres erlaubte, (begründete)<sup>519</sup> Verfassungsbeschwerden gegen Planungsgesetze stets zur Entscheidung anzunehmen, wenn der Beschwerdeführer andernfalls keinerlei Zugang zu effektivem Rechtsschutz hätte.<sup>520</sup> Gerade im Vergleich zur Alternative, gesetzliche Planungsentscheidungen wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 GG *per se* für verfassungswidrig zu halten, dürfte eine solche verfassungskonforme Auslegung des § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG vorzugswürdig sein. Da die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden viel Zeit in Anspruch nimmt, stellt sich insofern eher als problematisch dar, dass die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze keine aufschiebende Wirkung entfaltet und der Rechtsschutz folglich so spät zu kommen droht, dass die Gesetzesfolgen nicht mehr rückgängig zu machen sind. Auch im Verfassungsprozess stellt dies angesichts der Möglichkeit einstweiliger Anordnungen aber nicht vor unüberwindbare Hürden. Die verfassungskonforme Auslegung verspricht auch hier eine Lösung.<sup>521</sup>

---

des BVerfG folglich allein im Hinblick auf die Unionsgrundrechte und allein für die Sonderfälle durchbrochen, in denen sich die Beschwerde gegen unionsrechtlich vollständig einheitliche Regelungen oder deren Anwendung richtet, siehe C. Grünewald, in: Walter/Grünewald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, Stand: 15. Ed. 01.06.2023, § 90 Abs. 1 Rn. 91 ff.; M. Kment, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 93 Rn. 61; vgl. zum grundsätzlichen Ausschluss des Unionsrechts aus dem Prüfungsmaßstab auch BVerfGE 110, 141 (154f.) m. w. Nachw.

<sup>517</sup> F. Ossenbühl, in: Festschrift für W. Hoppe, 2000, S. 183 (192).

<sup>518</sup> K. Graßhof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, § 93a Rn. 101 (Stand: 25. Erg.-Lfg. März 2006); F. Scheffczyk, in: Walter/Grünewald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, Stand: 15. Ed. 01.06.2023, § 93a Rn. 32; dieser Spielraum war im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich gewollt, siehe BT-Drs. 12/3628, S. 9.

<sup>519</sup> Zur Begründetheit als Voraussetzung der Durchsetzungsannahme siehe nur F. Scheffczyk, in: Walter/Grünewald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, Stand: 15. Ed. 01.06.2023, § 93a Rn. 35.

<sup>520</sup> Für eine entsprechende verfassungskonforme Auslegung der Annahmeveraussetzungen etwa S. Pernice-Warnke, EurUP 2020, S. 145 (154, 159); C. Schneller, Objektbezogene Legalplanung, 1999, S. 179; A. v. Weschpfennig, AöR 145 (2020), S. 438 (553f.); sympathisierend auch F. Ossenbühl, in: Festschrift für W. Hoppe, 2000, S. 183 (193).

<sup>521</sup> Auch insofern überzeugend A. v. Weschpfennig, AöR 145 (2020), S. 438 (554).

### (3) Ergebnis

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive provozieren die Rechtsschutzeinschränkungen, die mit der Verlagerung von Planungsentscheidungen auf den parlamentarischen Gesetzgeber einhergehen, kein ausgleichsbedürftiges Defizit.<sup>522</sup> Angesichts der Möglichkeit inzidenten Verwaltungsrechtsschutzes und der Option einer Gesetzesverfassungsbeschwerde ist den Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG auch in diesen Fällen genügt.

## V.Fazit

Muss Verfahren nach alledem also wirklich etwas kompensieren? Die Antwort, die die vorstehenden Überlegungen nahelegen, lautet: Weitaus seltener, als die Kompensationsthese das annimmt. Ihre fast ubiquitäre Verbreitung steht angesichts dessen in einem sonderbaren Missverhältnis zur Unbekümmertheit, mit der sie zuweilen über eine ihrer elementaren Voraussetzungen hinweggeht: die Frage, ob die von ihr monierten Schwächen des materiellen Rechts nach rechtlichen Maßstäben wirklich eines Ausgleichs bedürfen.

Sieht man insofern genauer hin, so zeigt sich, dass Verallgemeinerungen schnell an Grenzen stoßen. Die Unbestimmtheit der einfachgesetzlichen Handlungsgrundlagen der Verwaltung können zwar durchaus mit Bestimmtheitsgrundsatz und Vorbehalt des Gesetzes in Konflikt geraten; und im Lichte der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG können sich nicht nur die durch administrative Letztentscheidungsbefugnisse bedingten Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte, sondern auch die zur Forderung prozeduraler Kompensation Anlass gebenden inhaltlichen Schwächen des materiellen Rechts als im Grundsatz ausgleichsbedürftige Mangelzustände erweisen. Doch ob sie dies tatsächlich tun, lässt sich angesichts der Kontextabhängigkeit der verfassungsrechtlichen Maßstäbe nur im Einzelfall – bzw. genauer: mit Blick auf die konkrete Norm, der ein Defizit attestiert wird – erheben. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive mag die Antwort dabei zwar vielfach schon deshalb negativ ausfallen, weil Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt nach gängiger Dogmatik unter einem „Vorbehalt des Möglichen“ stehen, der ihre Anforde-

---

<sup>522</sup> Vgl. aber *B. Wegener*, ZUR 2020, S. 195 (200ff.), der daran erinnert, dass die besagten Rechtsschutzeinschränkungen auch im Hinblick auf völker- und unionsrechtliche Vorgaben, konkret die Anforderungen der Aarhus Konvention und der UVP-Richtlinie Schwierigkeiten aufwerfen können; Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den Vorgaben der UVP-Richtlinie haben auch *T. Groß*, JZ 2020, S. 76 (81f.) und *J. Chladek*, DVBl. 2022, S. 578 (578ff.) sowie ausführlich *dies.*, Rechtsschutzverkürzung als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, 2022, insbes. S. 140ff., 192ff.; tendenziell skeptisch insofern auch *A. v. Weschpfennig*, AöR 145 (2020), S. 438 (469ff.); optimistischer hingegen *J. Ziekow*, Vorhabenplanung durch Gesetz, 2020, S. 62ff., 70f.; vgl. ferner *A. Kürschner*, Legalplanung, 2020, S. 151ff. und sowie *L. P. Hamacher*, Standortauswahl für ein Endlager für hochradioaktive Abfälle, 2022, S. 237ff.

rungen in Reaktion auf eben die Umstände zurücknimmt, die für Prozeduralisierungen Anlass geben: Die Dynamik des zu regelnden Lebensbereichs und die unabsehbare Vielgestaltigkeit der zu regelnden Konstellationen.<sup>523</sup> Doch wie die näher betrachteten Referenzbeispiele anschaulich gemacht haben sollten, darf die Einzelfallanalyse bei den verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht stehen bleiben. So wird die Klage, dass die gesetzlichen Entscheidungsspielräume hinter verfassungsrechtlichen Maßstäben zurückbleiben, zuweilen – wie etwa im Bereich der Telekommunikationsmärktregulierung – von der unionsrechtlichen Vorgabe eben dieser Spielräume überlagert und die Frage der Kompensationsbedürftigkeit auf diese Weise auf die Ebene des Europarechts hochgezogen. Andere Vorgaben – wie etwa die gerichtliche Unanfechtbarkeit der vergaberechtlichen Zuschlagsentscheidung – mag hingegen gerade das Europarecht als ausgleichsbedürftiges Defizit ausweisen, obwohl gegen sie aus verfassungsrechtlicher Perspektive nichts zu erinnern ist. In beiden Konstellationen beschränkt sich der Einfluss des Unionsrechts dabei keinesfalls auf den überschaubaren Bestand des Primärrechts. Im Gegenteil: Vor allem sektorspezifische Vorgaben des unionalen Sekundärrechts stellen die verfassungsrechtlichen Wertungen in Frage. Die Beantwortung der Frage, ob in bestimmten Fallkonstellationen tatsächlich ein ausgleichsbedürftiges Defizit besteht, gewinnt hierdurch eine zusätzliche Komplexität, die deutlich macht, dass die Kompensationsthese ohne eine eingehende und rechtlich umfassende Prüfung der je individuellen Normkonstellation nicht zu überzeugen vermag.

Als noch angreifbarer erweist sich der Kompensationsgedanke dort, wo er unter Hinweis auf vermeintliche Schwächen des materiellen Verfassungsrechts plausibel machen soll, dass das Verfahren der Gesetzgebung erhöhten prozeduralen Anforderungen zu genügen habe. Schon aus Gründen der Normenhierarchie fehlt der These, die Offenheit verfassungsrechtlicher Vorgaben oder die eingeschränkte Dichte der diesbezüglichen gerichtlichen Kontrolle bedürfe eines Ausgleichs, ein rechtlicher Maßstab, anhand dessen sich die entsprechenden Vorgaben des materiellen Verfassungsrechts als ausgleichsbedürftiges Defizit erweisen könnten. Die Maßstabswirkung der durch Art. 79 Abs. 3 GG für unabänderlich erklärten Grundsätze des Art. 20 GG spart all diejenigen Verfassungsbestimmungen aus, die bereits von Beginn an Teil des Grundgesetzes waren. Und selbst im Hinblick auf nachträglich eingeführte oder geänderte Grundgesetznormen sind die damit formulierten Anforderungen gering. Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers begrenzt Art. 79 Abs. 3 GG überhaupt nicht und im Hinblick auf die Unbestimmtheit verfassungsrechtlicher Bestimmungen gibt er sich mit der bescheidenen Erwartung zufrieden, dass sich der Verfassung Kriterien entnehmen lassen, die es den Gerichten ermöglichen, die offene Bestimmung zumindest teilweise zu konkreti-

---

<sup>523</sup> Siehe oben § 5 IV 1 b) aa), IV 1 c) aa) (2); vgl. ferner bereits oben § 1 II.

sieren. Dass dabei zuweilen auch beträchtliche Spielräume verbleiben, gerät mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht in Konflikt. Der rechtlichen Prüfung hält die der Kompensationsthese implizite Behauptung, das materielle Verfassungsrecht sei in den skizzierten Fällen auf einen Ausgleich angewiesen, daher regelmäßig nicht Stand. Der Versuch, die verwaltungsrechtliche Prozeduralisierungsidee ins Verfassungsrecht zu übertragen und auf diese Weise Verfahrensanforderungen an die Gesetzgebung zu begründen, stimmt auch deshalb skeptisch.





## Darf Verfahren kompensieren? Zu Zulässigkeit und Grenzen kompensatorischer Verfahrenspflichten

### I. Zielsetzung

Mag die Kompensationsthese ihren Anwendungsbereich demnach zuweilen auch überschätzen, weil sie Zustände auszugleichen beansprucht, die aus rechtlicher Perspektive überhaupt keinen Mangel aufweisen, so provoziert sie in den verbleibenden Fällen dennoch die Frage: Darf Verfahren überhaupt kompensieren? Erlaubt es das Recht also, die ausgemachten Schwächen in puncto Bestimmtheit, Kontrolldichte und Rechtsschutz hinzunehmen, wenn die Entscheidungsfindung nur in geeignete Prozeduren eingebunden wird? Und wenn ja, vermag das Recht der Kompensation durch Verfahren dann überhaupt noch Grenzen zu setzen?

In der bisherigen Diskussion bleiben diese Fragen seltsam unterentwickelt – und das, obwohl sie keinesfalls neu sind.<sup>1</sup> Die folgenden Überlegungen sollen diesem Manko abhelfen. Sie versuchen, Zulässigkeit und Grenzen der Prozeduralisierung auszuleuchten, indem sie herausarbeiten, ob und inwieweit die grundgesetzlichen Vorgaben Raum dafür lassen, auf Normbestimmtheit und gerichtliche Kontrolle zu verzichten, sofern das Recht zugleich verlangt, dass das Verfahren der Entscheidungsfindung besonderen Anforderungen genügt. Ihren Ausgang nehmen die Betrachtungen dabei zunächst bei den Verfassungsgrundsätzen, in deren Lichte sich die oben skizzierten Schwächen als rechtlich ausgleichsbedürftige Defizitzustände erweisen konnten: Dem verfassungsrechtlichen Gebot hinreichender Normbestimmtheit (dazu II.), dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (dazu III.), der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (dazu IV.) und – für die Fälle, in denen das Verfahren Defizite des materiellen Verfassungsrechts auszugleichen sucht – den entsprechenden Grundsätzen des Art. 79 Abs. 3 GG (dazu V.). Wo sie die Schwächen des materiellen Rechts als kompensationsbedürftige Mangellagen ausweisen, hängt die rechtliche Zulässigkeit deren prozeduraler Kompensation zunächst davon ab, ob sich die besagten Verfassungsgrundsätze für eine Deutung öffnen lassen, in

---

<sup>1</sup> Siehe etwa die entsprechende Frage von *K. F. Gärditz*, VVDStRL 70 (2011), S. 340 (341) auf der Berliner Staatsrechtslehrertagung 2010.

der auch die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens einen relevanten Faktor für die auf sie gestützten normativen Urteile bildet. Umgekehrt stößt die Idee der Kompensation durch Verfahren hingegen dann an unüberwindbare rechtliche Grenzen, wenn sich schon die Rechtsgrundsätze, deren Beeinträchtigung die auszugleichende Kompensationslage begründet, gegen die Berücksichtigung prozeduraler Elemente sperren. Gegen die rechtliche Defizitdiagnose bleibt das Verfahren in diesen Fällen chancenlos, weil die sie tragenden Verfassungsgrundsätze keinen Raum dafür lassen, das zum Ausgleich Anlass gebende Rechtswidrigkeitsurteil gerade in Reaktion auf die erhöhten Anforderungen an den Prozess der Entscheidungsfindung zu revidieren. Sofern die besagten Grundgesetznormen für die Besonderheiten des Entscheidungsverfahrens unempänglich sind, erlauben sie prozedurale Kompensationen folglich nicht.<sup>2</sup>

Im Lichte dieser Vorüberlegungen konzentriert sich die folgende Analyse zunächst darauf, näher zu bestimmen, welche Rolle der Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens in der Dogmatik von Bestimmtheitsgrundsatz, Gesetzesvorbehalt, Rechtsschutzgarantie und Art. 79 Abs. 3 GG zukommt. Lassen sich die verfassungsrechtlichen Bedenken, die die Offenheit manch unbestimmter Rechtsbegriffe oder Finalprogramme im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und Vorbehalt des Gesetzes provoziert, tatsächlich durch erhöhte Anforderungen an das Entscheidungsverfahren ausräumen? Und verliert der Vorwurf, die mit administrativen Letztentscheidungsbefugnissen einhergehenden Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte seien mit der Rechts-

---

<sup>2</sup> Zuzugeben ist freilich, dass sich die Grenze zwischen Kompensieren-Dürfen und rechtlischem Kompensieren-Können hier nicht trennscharf ziehen lässt (zur Frage des – aus rein funktionaler Perspektive betrachteten – tatsächlichen Kompensieren-Könnens bereits oben § 4). Versteht man mit *P. Reimer*, *Rechtstheorie* 48 (2017), S. 417 (423 ff., 426 ff.), die Frage nach dem „Dürfen“ als diejenige danach, ob die Zulässigkeitsnormen eingehalten wurden (ebd., S. 425), und verbindet man mit dem Aspekt des „Könnens“ die Fähigkeit, Rechtsfolgen zu setzen (ebd., S. 426) bzw. Rechtslagen zu verändern (ebd., S. 427), so wirken im Rahmen rechtlicher Kompensationen beide Aspekte zusammen. Seinen Grund hat das darin, dass Kompensationen sich einerseits dadurch auszeichnen, dass sie die *prima facie* ausgleichsbedürftige – im juristischen Kontext also rechtswidrige – Kompensationslage zunächst aufrechterhalten, sie jedoch mit dem Kompensationsmittel um ein Element – im hiesigen Kontext: Verfahrensanforderungen – ergänzen, das die Rechtswidrigkeit der ursprünglich ausgleichsbedürftigen Kompensationslage beseitigt, ohne sie selbst jedoch in der Sache zu verändern. Sofern also durch Verfahren etwa eine verfassungswidrige Unbestimmtheit gesetzlicher Normen ausgeglichen wird, erhöhen die ergänzenden Verfahrensanforderungen die Bestimmtheit der fraglichen Norm nicht, sie nehmen ihr aber dennoch die Rechtswidrigkeit. Im Hinblick auf die Beibehaltung der Kompensationslage stellt sich daher die Frage des Dürfens („Ist die Beibehaltung der Kompensationslage zulässig?“), im Hinblick auf das Kompensationsmittel hingegen diejenige des Könnens („Kann das Kompensationsmittel ihr die Rechtswidrigkeit nehmen, also die Rechtslage verändern?“). Die Antwort auf die Frage des Dürfens hängt dabei unmittelbar mit derjenigen auf die Frage des Könnens zusammen: Nur wenn die Verfahrensanforderungen die Rechtswidrigkeit der zunächst verfassungswidrigen Bestimmtheits- oder Rechtsschutzdefizite beseitigen *können*, *dürfen* die entsprechenden Einschränkungen beibehalten werden.

schutzgarantie nicht zu vereinbaren, wirklich auch aus verfassungsrechtlicher Sicht an Überzeugungskraft, wenn die Ausübung der Letztentscheidungsbe-fugnisse prozedural eingebunden ist? Vor allem auf diese Fragen sollen die fol-genden Überlegungen Antwort geben.

Begnügen können sie sich damit indes nicht. Denn an Grenzen kann die Zu-lässigkeit der Kompensation durch Verfahren auch dann stoßen, wenn die mit dem Ausgleich betrauten Verfahrenspflichten zwar die ursprüngliche Kompen-sationslage beheben, doch dabei mit anderen Rechtsgrundsätzen in Konflikt geraten. So mag die konkrete Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens selbst dann, wenn Bestimmtheitsgrundsatz, Gesetzesvorbehalt und Rechtsschutz-garantie prozedurale Kompensationen nicht ausschließen, im Einzelfall etwa mit unverhältnismäßigen Lasten verbunden, mit der verfassungsrechtlichen Gewaltengliederung unvereinbar oder für die Funktionsfähigkeit des mit der Entscheidung betrauten Organs nicht zumutbar sein. Nachzugehen ist ange-sichts dessen auch der Frage, welche anderen grundgesetzlichen Vorgaben der kompensatorischen Entscheidungssteuerung durch Verfahren entgegenstehen (dazu VI.). Doch zunächst zurück zu den Grundsätzen des Verfassungsrechts, die für die Diagnose, das materielle Recht bedürfe eines Ausgleichs, verant-wortlich zeichnen.

## II. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Gebots hinreichender Normbestimmtheit – oder: Lässt sich Bestimmtheit prozeduralisieren?

Einen ersten Maßstab für die Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen bildet insofern das Verfassungsgebot hinreichender Normbestimmtheit. Grenzen zieht der Bestimmtheitsgrundsatz dem Versuch, materiell-rechtliche Defizite durch Verfahrensanforderungen auszugleichen, allerdings nicht deshalb, weil es den kompensatorischen Verfahrensanforderungen an Klarheit mangelte,<sup>3</sup> son-derm vielmehr wenn und weil die zum Ausgleich Anlass gebenden Bestimm-theitsdefizite des materiellen Rechts durch die fraglichen Verfahrensanforderun-gen nicht (vollständig) ausgeglichen werden können. Gerade in den Konstellati-onen, in denen die Ausgleichsbedürftigkeit des materiellen Rechts ihren Grund darin findet, dass dessen Offenheit mit der Forderung nach hinreichender Normbestimmtheit in Konflikt gerät, erlaubt der Bestimmtheitsgrundsatz pro-zedurale Kompensationen folglich nur dann, wenn die verfahrensrechtliche Steuerung einer Entscheidung einen hinreichenden Grund dafür bildet, das auf

---

<sup>3</sup> Im Gegenteil wird in der Prozeduralisierungsdiskussion gerade hervorgehoben, Verfah-rensanforderungen seien im Vergleich zu materiell-rechtlichen Anforderungen klarer kon-trollierbar, dazu mit Nachweisen *J. Rauber*, AöR 143 (2018), S. 67 (103).

den Bestimmtheitsgrundsatz gestützte Rechtswidrigkeitsurteil entfallen zu lassen. Tut sie das, so bleibt aus der Perspektive des Bestimmtheitsgrundsatzes nichts dagegen einzuwenden, wenn das Recht auf hinreichend bestimmte Normformulierungen verzichtet und die staatliche Entscheidungsfindung stattdessen über Verfahrensvorgaben anleitet. Tut sie das hingegen nicht, so besteht der durch die geringe materielle Bestimmtheit begründete Rechtsmangel trotz der ergänzenden Verfahrensvorkehrungen fort, und der Versuch, das Bestimmtheitsdefizit prozedural auszugleichen, erweist sich schon deshalb als unzulässig, weil das Verfassungsrecht es dem Verfahren – allgemein oder im konkreten Fall – versagt, von den materiellen Bestimmtheitserwartungen des Grundgesetzes zu suspendieren.<sup>4</sup>

Inwiefern die verfassungsrechtliche Forderung nach hinreichender Normbestimmtheit die Zulässigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten begrenzt, hängt angesichts dessen zunächst von der Frage ab, ob der Bestimmtheitsgrundsatz es grundsätzlich ermöglicht, die verfahrensrechtliche Einhegung staatlicher Entscheidungen „rechtswidrigkeitsmildernd“ zu berücksichtigen.<sup>5</sup> Erst wenn die Antwort hierauf positiv ausfällt, ist der Blick auf die konkreten Entscheidungsverfahren zu richten, um zu erheben, ob sie den Anforderungen genügen, von denen eine solche Berücksichtigung abhängt. Ausgehend von einer kurzen Rekapitulation der Faktoren, denen für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Regelung im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes klassischerweise Bedeutung zugemessen wird (dazu 1.), stellen die folgenden Betrachtungen daher zunächst einige Vorüberlegungen zur Flexibilität der grundgesetzlichen Bestimmtheitsdogmatik an (dazu 2.). Die vereinzelt Versuche, den Bestimmtheitsgrundsatz vor dem Hintergrund staatsstruktureller Verschiebungen neu auszurichten und dabei auch den klassischen Kriterienkanon aufzubrechen (dazu 3.), nehmen sie sodann zum Anlass, die Möglichkeit und Grenzen einer Prozeduralisierung auszuloten und im Lichte der oben besprochenen empirischen Befunde danach zu fragen, ob und inwiefern die skizzierten Verfahrensanforderungen es erlauben, Bestimmtheitsdefizite hinzunehmen (dazu 4. und 5.).

### *1. Rekapitulation: Die klassischen Kriterien für die Bildung bestimmtheitsbezogener Rechtmäßigkeitsurteile*

In der herkömmlichen, maßgeblich von der Judikatur des BVerfG geprägten Lesart formuliert das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot keine fallübergreifend einheitliche Scheidelinie zwischen erlaubter Interpretationsoffenheit

<sup>4</sup> Zur Suspensionswirkung erfolgreicher Kompensationen siehe oben § 2 II 3 b).

<sup>5</sup> Wie sich unten noch zeigen wird, ist dieser „rechtswidrigkeitsmildernde“ Effekt keinesfalls notwendig auf Rechtfertigungsebene zu verorten, dazu noch unten § 6 II 4 c), III 4 c), IV 4 c).

und verbotener Unbestimmtheit des Rechts.<sup>6</sup> Stattdessen gewinnen „die normativen Vorgaben des Bestimmtheitsgebots“ in der gängigen Dogmatik die Gestalt „einer relativen Größe“:<sup>7</sup> Wo verfassungsrechtlich zulässige Offenheit in grundgesetzwidrige Unbestimmtheit umschlägt, ist nie abstrakt, sondern stets anhand einer im jeweiligen Einzelfall abwägenden Saldierung unterschiedlicher Faktoren zu bestimmen. Welches Maß an Bestimmtheit die Verfassung in einem konkreten Fall gebiete, sei, so lautet eine in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung insofern häufig zitierte Formel, „nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck“ zu entscheiden.<sup>8</sup> Welche genauen Charakteristika des zu regelnden Lebenssachverhalts die Strenge der Bestimmtheitsanforderungen erhöhen und welche Normzwecke größere Unbestimmtheiten erlauben, lässt diese Formulierung freilich zunächst im Dunkeln. Weithin konsentiert ist insofern indessen, dass die Grundrechtsrelevanz den wohl wichtigsten Gradmesser dafür bildet, wie präzise der Gesetzgeber seine Regelungen fassen muss.<sup>9</sup> Regelungen in besonders grundrechtssensiblen Bereichen unterliegen demnach ebenso erhöhten Bestimmtheitsanforderungen wie Gesetzesnormen, die außergewöhnlich intensiv oder nachhaltig in grundrechtliche Freiheiten eingreifen oder besonders viele Personen in deren grundrechtlich geschützter Freiheit betreffen.<sup>10</sup> Aber auch jenseits des Grundrechtsbereichs soll das Bestimmtheitsgebot besonders strenge Anforderungen enthalten, etwa im Falle von Bestimmungen mit sonstigen schwerwiegenden Auswirkungen für Belange der Allgemeinheit.<sup>11</sup> Zurückgenommen ist das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Bestimmtheit demgegenüber in all den Regelungsbereichen, die raschem Wandel unterliegen oder deren Vielgestaltigkeit

---

<sup>6</sup> BVerfGE 41, 314 (319f.); 49, 168 (181); *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 44; *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 59 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *F. Michl*, JuS 2020, S. 507 (508); siehe bereits oben § 5 IV 1 b) aa).

<sup>7</sup> *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 134.

<sup>8</sup> Siehe etwa BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 78, 205 (212); 102, 254 (337); 103, 332 (384); 128, 282 (317).

<sup>9</sup> *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 64; insofern anders aber *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 32: „Die wichtigste Rolle spielen die Sachgegebenheiten des Regelungsgegenstands“.

<sup>10</sup> Zur Grundrechtsintensität als Kriterium *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 44; *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 194f.; *G. Lübke-Wolff*, ZG 6 (1991), S. 219 (241); *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 64; aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 58, 257 (278).

<sup>11</sup> BVerfGE 109, 133 (188); *R. Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 147f.; siehe auch *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 64.

die einzelfallbezogene Berücksichtigung einer unabsehbaren (und daher im Vorfeld nicht normierbaren) Vielzahl unterschiedlicher Gesichtspunkte erforderlich macht.<sup>12</sup> In loser Anlehnung an den Gedanken, dass zu Unmöglichem niemand verpflichtet sein könne, soll die Flexibilität des Bestimmtheitsgrundsatzes auf diese Weise den Grenzen des (sinnvollerweise) Normierbaren Rechnung tragen, was zuweilen mit der Formulierung zum Ausdruck gebracht wird, der Bestimmtheitsgrundsatz stehe unter einem „Vorbehalt des Möglichen“.<sup>13</sup>

Die Ausgestaltung des Verfahrens, das ein Gesetz zur Konkretisierung materiell-rechtlicher Unbestimmtheiten vorsieht, findet im Kanon der für die Operationalisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes maßgeblichen Kriterien indes nur selten Erwähnung.<sup>14</sup> Obwohl das BVerfG vereinzelt bereits selbst auf die Bedeutung der Ausgestaltung des Konkretisierungsverfahrens für die Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Normen hingewiesen hat<sup>15</sup> und obwohl der mit der Kompensationsthese verbundene Gedanke, gesetzliche Unbestimmtheiten könnten durch Verfahrensanforderungen ausgeglichen werden, geradezu allgegenwärtig ist,<sup>16</sup> nehmen Verfahrensfragen in der Dogmatik des Bestimmtheitsgrundsatzes so bislang keinen festen Platz ein.

<sup>12</sup> BVerfGE 49, 168 (181); R. Geitmann, Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen, 1971, S. 136 ff.; B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 60 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); C. Jehke, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, 2005, S. 148 ff.; vgl. auch F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 64.

<sup>13</sup> T. Barczak, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 44; ähnlich F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 63 unter Bezugnahme auf H.-J. Papier/J. Möller, AöR 122 (1997), S. 177 (200).

<sup>14</sup> In den Standardkommentierungen wird das Verfahren als Bestimmtheitskriterium kaum je erwähnt. Nicht erwähnt wird es so etwa bei B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 60 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); S. Huster/J. Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05. 2023, Art. 20 Rn. 182; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 20 GG Rn. 84; M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 126 ff.; H. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 135; K.-P. Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 291; anders hingegen E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 34 und ähnlich auch F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 67, der das Verfahren zwar nicht im Zusammenhang mit den primär maßgeblichen Kriterien behandelt, es aber immerhin als Kompensationsmöglichkeit – und damit gewissermaßen als Sekundärkriterium – in seine Behandlung des allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes einbezieht.

<sup>15</sup> So etwa ausdrücklich BVerfGE 33, 303 (341): „Ausfüllungsbedürftige materiellrechtliche Normen, die in den Grundrechtsschutz eingreifen, erscheinen eher tragbar, wenn durch ein formalisiertes, gerichtlich kontrollierbares Verfahren dafür vorgesorgt wird, daß die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und die mit der Norm angestrebten Ziele wirklich erreicht werden“; wohl ebenfalls in diese Richtung BVerfGE 49, 168 (181 f.).

<sup>16</sup> Siehe dazu die Beispiele in § 3 IV.

## 2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des Bestimmtheitsgrundsatzes

Im Lichte der erheblichen Konkretisierungsbedürftigkeit des Rechtsstaatsprinzips,<sup>17</sup> auf das die verfassungsrechtliche Bestimmtheitsforderung ja gemeinhin zurückgeführt wird, erscheint freilich weder der klassische Kriterienkanon im Allgemeinen noch die Zurückhaltung in Bezug auf Verfahrenskriterien im Besonderen als zwingend. Die dünne Textgrundlage, die das allgemeine Rechtsstaatsprinzip in der Verfassung findet, geht über die schlagwortartige Beschwörung des Rechtsstaats in Art. 28 Abs. 1 S. 1, Art. 16 Abs. 2 S. 2 und Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nicht hinaus und lässt belastbare Rückschlüsse auf konkrete Unterprinzipien sowie deren Voraussetzungen und Anforderungen kaum zu. Soll deren Gehalt nicht allein aus einem von außen an die Verfassung herangetragenen Rechtsstaatskonzept deduziert werden, so vermag allein der systematisch-vergleichende Blick auf die Einzelausprägungen, die der Rechtsstaatsgedanke in anderen Grundgesetznormen gefunden hat, bei der Ableitung normativer Einzelgehalte Hilfestellung zu leisten. Ohne eine letztlich nur historisch oder philosophisch zu begründende Vorstellung dessen, was einen Rechtsstaat ausmacht, gelingt freilich auch das nicht, weil der Verfassungstext selbst die besagten Einzelausprägungen des Rechtsstaatsprinzips gerade nicht als solche zu erkennen gibt.

Ungeachtet aller konzeptionellen Differenzen, die damit auch die Verfassungsdogmatik zu überlagern drohen, zählt die Begrenzung staatlicher Gewalt durch deren Bindung an Verfassung und Gesetz doch zu den unbestrittenen Kernelementen der Rechtsstaatlichkeit.<sup>18</sup> Um staatliche Willkür auszuschließen und einen Raum für individuelle Freiheitswahrnehmung zu schaffen, bindet der Rechtsstaat die Ausübung hoheitlicher Gewalt an gesetzliche Vorgaben, die das staatliche Handeln begrenzen und eben hierdurch sowohl vorhersehbar als auch (gerichtlich) kontrollierbar machen. Dass die Bindung ans Recht zu diesen Zwecken vor allem dann beiträgt, wenn die rechtlichen Vorgaben hinreichend bestimmt sind, rechtfertigt es, auch den Bestimmtheitsgrundsatz auf den Rechtsstaatsgedanken zurückzuführen.<sup>19</sup> Systematische Anknüpfungspunkte im Grundgesetz findet er so zum einen in Art. 20 Abs. 3 GG, aber auch die spe-

<sup>17</sup> Eine solche diagnostizieren auch *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 22 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 259ff.; *M. Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 201.

<sup>18</sup> *A. v. Arnould*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 21 Rn. 18; *R. Hofmann*, in: ders./Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, 1996, S. 3 (3); *U. Scheuner*, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags, Bd. 2, 1960, S. 229 (249f.).

<sup>19</sup> Vgl. *M. Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 203: „Die Rechtsbindung verlangt nach einem Mindestmaß an Erkennbarkeit und Bestimmtheit des Rechtsinhalts“; ebenso *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 796ff.; *H.-J. Papier/J. Möller*, AöR 122 (1997), S. 177 (180); kritisch aber *U. M. Gassner*, ZG 11 (1996), S. 37 (45f.).



ziellen Bestimmtheitsgebote des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 103 Abs. 2 GG rücken im Lichte dieser Überlegung in den Einzugsbereich des Rechtsstaatsprinzips. Für die Konkretisierung des allgemeinen Bestimmtheitsgebots bieten indes auch sie allenfalls dürftige Anhaltspunkte. Zwar benennen sowohl Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG mit der bekannten Trias von Inhalt, Zweck und Ausmaß als auch Art. 103 Abs. 2 GG mit der Bezugnahme auf die Strafbarkeit einer Tat konkrete Norminhalte, auf die sich die Bestimmtheitsforderung bezieht, doch geben auch sie weder über den Grad der erforderlichen Bestimmtheit noch über die Kriterien Auskunft, anhand derer das verfassungsrechtlich gebotene Präzisionsniveau zu bestimmen ist.<sup>20</sup> Angesichts dieser Unergiebigkeit systematischer Konkretisierungsversuche führt der fehlende verfassungstextliche Selbststand des Bestimmtheitsgrundsatzes nachdrücklich vor Augen, dass die von ihm gebotene Normbestimmtheit keinen Selbstzweck erfüllt, sondern sich als Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip allein dadurch rechtfertigt, dass sie zur Realisation der Ziele beiträgt, die das Rechtsstaatsprinzip selbst mit Verfassungsrang versieht. Teleologische Erwägungen gewinnen für die Konturierung des Bestimmtheitsgrundsatzes angesichts dessen besonderes Gewicht. In der Rechtsprechung des BVerfG zeigt sich das vor allem daran, dass das Gericht in der Erkennbarkeit der durch eine Norm formulierten Verhaltenserwartungen und der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns nicht nur den rechtsstaatlichen Zweck verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsforderungen erkennt, sondern sie zugleich zum operationellen Maßstab dafür erklärt, ob eine Regelung den ent-

---

<sup>20</sup> Konsequenz folgt *B. Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 80 Rn. 63 (Stand: 70. Erg.-Lfg. Dezember 2013) vor diesem Hintergrund, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG enthalte überhaupt kein Bestimmtheitsgebot, sondern lediglich ein „Bestimmungsgebot“, weil die Norm „sich nicht zur gebotenen Klarheit der geforderten Angabe von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung äußert“; ebenso *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 71. – Sofern Rechtsprechung und Forschung das anders beurteilen, begegnet indes sowohl in der Dogmatik des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als auch in derjenigen des Art. 103 Abs. 2 GG das aus dem allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz bekannte, oben bereits skizzierte Gleitskalen-Modell, das vor allem in Abhängigkeit von der Schwere der möglichen Auswirkungen unterschiedliche Bestimmtheitsanforderungen formuliert. So ist etwa für Art. 103 Abs. 2 GG anerkannt, dass die Anforderungen an die tatbestandliche Präzision von Strafnormen mit der Schwere der angedrohten Strafe zunimmt (BVerfGE 14, 245 [251]; 75, 329 [342]; 143, 38 [54]) und auch im Rahmen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG variieren die Bestimmtheitsanforderungen insbesondere in Abhängigkeit von der „Eigenart des zu regelnden Sachverhalts“ und der Grundrechtsrelevanz der Regelung, zu deren Erlass ermächtigt werden soll (BVerfGE 143, 38 [60f.]; siehe auch *P. Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 371, nach dem das „[n]ahezu einhelliger Auffassung entspricht“). Einen textlichen Anknüpfungspunkt hierfür liefern allerdings weder Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG noch Art. 103 Abs. 2 GG (in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG daher kritisch *B. Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103 Abs. 2 Rn. 95 [Stand: 80. Erg.-Lfg. Juni 2017] m. w. Nachw.; in Bezug auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG artikuliert entsprechende Kritik etwa *P. Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 372).

sprechenden Bestimmtheitsgeboten gerecht wird.<sup>21</sup> Bildet der an das Rechtsstaatsprinzip rückgebundene Normzweck aber die Leitidee und einzige Grenze der Auslegung, so erscheint die herkömmliche Bestimmtheitsdogmatik und der mit ihr verbundene Kriterienkanon weder unantastbar noch alternativlos. Über ihn hinausreichende Faktoren auszublenden, überzeugt jedenfalls dann nicht, wenn auch sie dazu beitragen, eben das zu erreichen, worauf der Bestimmtheitsgrundsatz abzielt: Die Gewährleistung der Erkennbarkeit des Rechts sowie der Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit des rechtsgebundenen Staatshandelns. Auch die Berücksichtigung gesetzlicher Verfahrensregelungen schließt das nicht grundsätzlich aus, sofern sie zur Verwirklichung der entsprechenden Zwecke beitragen können.<sup>22</sup> Im Grundsatz erweist sich der Bestimmtheitsgrundsatz damit als durchaus wandelbar und interpretationsoffen.

### 3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Bestimmtheitsdogmatik

Ungeachtet dessen hat sich die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Forschung für das grundgesetzliche Bestimmtheitsgebot – anders als für den sogleich noch zu behandelnden Vorbehalt des Gesetzes – bislang kaum an einer entsprechenden Erweiterung bzw. Neuausrichtung versucht. Zurückhaltende Anklänge an eine solche finden sich soweit ersichtlich einzig in den Überlegungen von *Wolfgang Hoffmann-Riem* zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen.<sup>23</sup> Deren Ausgangspunkt bildet die Diagnose, dass die Bestimmtheit gesetzlicher Normen vor allem aus zwei Gründen praktischen Grenzen unterliegt:<sup>24</sup> Erstens, weil das verfügbare Regelungswissen begrenzt ist und sich künftige Vorgänge oftmals nur unter großer Unsicherheit antizipieren lassen; und zweitens, weil Gesetze als Ergebnis politischer Kompromissbildung sich

<sup>21</sup> So bemisst das BVerfG die nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG erforderliche Bestimmtheit von Verordnungsermächtigungen mit der sog. Vorhersehbarkeitsformel zuweilen danach, ob der Bürger aus ihnen „erkennen und vorhersehen kann, was ihm gegenüber zulässig sein soll und welchen möglichen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können“ (BVerfGE 143, 38 [60]; in der Sache ebenso etwa BVerfGE 29, 198 [210]; 56, 1 [12]; 58, 257 [277]; 113, 167 [268 f.]). Für Art. 103 Abs. 2 GG verlangt es, jedermann müsse „voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“ (BVerfGE 126, 170 [195]; ähnlich u. a. BVerfGE 92, 1 [12]). Für das allgemeine Bestimmtheitsgebot fordert das BVerfG unter anderem, der von einer Regelung Betroffene müsse „die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung so erkennen können, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag“ (BVerfGE 110, 33 [53 f.]; in der Sache ebenso BVerfGE 31, 255 [264]; 37, 132 [142]; 78, 205 [212]).

<sup>22</sup> Ebenso *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 225.

<sup>23</sup> *W. Hoffmann-Riem*, AÖR 130 (2005), S. 5 (insbes. 38 ff.); für die Möglichkeit, Verfahrens- und Organisationsaspekte bei der Anwendung des Bestimmtheitsgrundsatzes zu berücksichtigen plädiert auch *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 225 f.

<sup>24</sup> *W. Hoffmann-Riem*, AÖR 130 (2005), S. 5 (39).

die Zustimmung der Parlamentsmehrheit vielfach erst dadurch verdienen, dass sie unbestimmt genug sind, um heikle, möglicherweise zustimmungshindernde Detailfragen auszuklammern und auf die Ebene der Rechtsanwendung zu delegieren. Da sich die entsprechenden Wissensprobleme aber nicht schlicht leugnen ließen<sup>25</sup> und es zudem das Grundgesetz selbst sei, das mit der Definition der Rahmenbedingungen parlamentarischen Handelns auch die Notwendigkeit der Kompromissbildung vorgebe,<sup>26</sup> dürften die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes „nicht völlig losgelöst von [seinen] Verwirklichungsbedingungen formuliert werden“.<sup>27</sup>

Obwohl das zunächst wie ein bloßes Plädoyer für eine bereichsspezifische Absenkung der Bestimmtheitserwartungen klingt, will *Hoffmann-Riem* vor den skizzierten faktischen Herausforderungen offenbar keinesfalls kapitulieren. Unter Berufung auf Einsichten der Governance-Forschung scheint er stattdessen dafür zu plädieren, gerade dort, wo die inhaltliche Gesetzessteuerung an Grenzen stößt, auf andere Steuerungsressourcen zurückzugreifen. Die nötige Anpassung der Bestimmtheitsdogmatik könne angesichts dessen an den Befund anknüpfen, dass „der demokratische Rechtsstaat für die problemlösende Rechtsproduktion eine Arbeitsteilung zwischen den staatlichen Gewalten ermöglicht“.<sup>28</sup> In diesem Sinne seien Offenheiten der materiellen Gesetzesvorgaben „hinnehmbar, wenn Möglichkeiten genutzt werden, für eine angemessene Problemverarbeitung anderweitig zu sorgen, etwa durch Schaffung von Verfahrensregeln, Transparenzvorkehrungen, Beteiligungsmöglichkeiten sowie Aufangregelungen u.ä.“.<sup>29</sup> Eben diese „angemessene Problembewältigung“ ist, so dürfte das Argument *Hoffmann-Riems* zu verstehen sein, aus der Perspektive von Rechtsstaatsprinzip im Allgemeinen und Bestimmtheitsgrundsatz im Besonderen allerdings keine bloße Option, sondern echte Rechtspflicht. Im Hinblick auf die Bewältigung von Wissensdefiziten der Gesetzgebungsorgane formuliert er denn auch explizit: „Ist es möglich, im konkreten Rechtsanwendungsfall mit vertretbarem Aufwand weitere Aufklärung zu schaffen, muss sie gefordert werden; die Rechtsanwender sind zu verpflichten, nach Maßgabe des im Rechtsanwendungsakt mit angemessenem Aufwand erreichbaren Wissens zu handeln.“<sup>30</sup> Geschieht dies, bleibt gegen die Bestimmtheitsdefizite der materiellen Gesetzesvorgaben offenbar nichts einzuwenden.

In der Sache bemüht sich dieser Ansatz damit um eine Anpassung der Bestimmtheitsdogmatik, die auch Steuerungsfaktoren wie Verfahrens-, Transparenz- oder Beteiligungsvorgaben in sich aufnimmt. Allerdings reformuliert er

---

<sup>25</sup> W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (41).

<sup>26</sup> W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (40).

<sup>27</sup> W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (40).

<sup>28</sup> W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (40).

<sup>29</sup> W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (36).

<sup>30</sup> W. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (41).

das Parlamentsgesetz und den auf dieses bezogenen Bestimmtheitsgrundsatz dazu als Instrumente „angemessener Problemlösung“, ohne diese interpretative Wendung hinreichend plausibel zu begründen. Nicht nur bedürfte die mit ihr bewirkte Output-Orientierung<sup>31</sup> einer rechtlichen Fundierung dessen, was die Angemessenheit der Problembewältigung ausmacht. Auch bleibt sie ohne empirische Erkenntnisse dazu, welche Steuerungsfaktoren inwiefern zu dieser angemessenen Problembewältigung beitragen, seltsam spekulativ. Vor allem aber führt die Engführung auf Fragen der Problemlösungsadäquanz den Bestimmtheitsgrundsatz weg von seiner rechtlichen Grundlage: dem Rechtsstaatsprinzip. Obwohl auch *Hoffmann-Riem* klarstellt, dass der Bestimmtheitsgrundsatz auf Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit staatlichen Handelns sowie die Erkennbarkeit des Rechts ausgerichtet ist,<sup>32</sup> misst sein Ansatz eben diesen Aspekten keine weitere Bedeutung bei. Die rechtlich nicht weiter rückgebundene Steuerungsperspektive drängt sie stattdessen so weit in den Hintergrund, dass sie bei der dogmatischen Ausformung des Bestimmtheitsgrundsatzes letztlich überhaupt keine Rolle mehr spielen. Das aber überzeugt nicht.

#### 4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Bestimmtheitsdogmatik?

Wie aus den vorstehenden Überlegungen klar geworden sein dürfte, bilden die den Bestimmtheitsgrundsatz tragenden Zwecke den zentralen – wenngleich möglicherweise nicht den einzigen – Maßstab dafür, welche Kriterien bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen Berücksichtigung finden können, ja müssen (dazu lit. a). Ob – und wenn ja, welche – Verfahrensanforderungen damit in den Fokus des Bestimmtheitsgebots rücken, hängt angesichts dessen von der letztlich empirischen Frage ab, inwiefern sie zur Verwirklichung eben der Zwecke beitragen, die dieses verfolgt (dazu lit. b). Die oben gewonnenen Ergebnisse zum Potential kompensatorischer Verfahrenspflichten<sup>33</sup> entfalten so schließlich auch dogmatische Bedeutung. Wie die Berücksichtigung von Verfahrenselementen in der Dogmatik des Bestimmtheitsgebots genau zu verarbeiten ist, ist hingegen eine weitgehend offene Frage (dazu lit. c).

##### a) Normativer Maßstab: Die Teleologie des Bestimmtheitsgrundsatzes

Jenseits der Teleologie bietet die Verfassung für die Konkretisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes kaum Anhaltspunkte.<sup>34</sup> Der Verfassungstext gibt für

<sup>31</sup> So ausdrücklich *W. Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (46).

<sup>32</sup> *W. Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (38).

<sup>33</sup> Siehe oben § 4.

<sup>34</sup> Siehe dazu bereits soeben § 6 II 2.

die Auslegung des Grundsatzes nichts her, weil er den allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz nicht einmal erwähnt. Und systematische Annäherungsversuche stehen vor der Schwierigkeit, dass selbst die geschriebenen Verfassungsgrundsätze, denen der Bestimmtheitsgrundsatz verwandt ist – etwa Art. 80 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 2 GG, aber auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung –, sich über konkrete Anforderungen an die Normbestimmtheit in Schweigen hüllen. Dogmatisch ausformen lassen sich die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserwartungen so einzig im Rückgriff auf ihre normative Grundlage: das Rechtsstaatsprinzip. Um staatliche Willkür auszuschließen und einen Raum für individuelle Freiheitswahrnehmung zu schaffen, bindet der Rechtsstaat die Ausübung hoheitlicher Gewalt an gesetzliche Vorgaben, die das staatliche Handeln begrenzen und eben hierdurch sowohl vorhersehbar als auch (gerichtlich) kontrollierbar machen. Da Begrenzung, Vorhersehbarkeit und Kontrolle ihrerseits nur gelingen, wenn die gesetzlichen Grundlagen bestimmt genug sind, um der Beliebigkeit staatlichen Handelns etwas entgegenzusetzen, steht der Bestimmtheitsgrundsatz im Dienst dieser (rechtsstaatlichen) Zwecke. Aber auch, wenn man ihn – wofür sich vor allem *Philip Kunig* stark gemacht hat – auf die Grundrechtsgewährleistungen zurückführt, weil die Unbestimmtheit grundrechtsbeschränkender oder -ausgestaltender Gesetze Rechtsunsicherheiten provoziert, die die Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten erschweren,<sup>35</sup> ändert sich an der Zweckrichtung des Bestimmtheitsgebots nichts. Auch dann bleibt die klare Begrenzung, Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit staatlichen Handelns die teleologische Leitlinie der verfassungsrechtlichen Forderung hinreichender Normbestimmtheit. Welche Kriterien über das Anforderungsniveau des Bestimmtheitsgrundsatzes entscheiden, ist daher anhand dieser Zwecke zu bestimmen.

*b) Tatsächliche Voraussetzung: Zweckförderung durch Verfahren*

Im Lichte dessen steht und fällt der Versuch, die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens als einen die gesetzliche Unbestimmtheit kompensierenden Faktor in die Dogmatik des Bestimmtheitsgrundsatz zu integrieren, mit der Antwort darauf, inwiefern Verfahrensanforderungen zu Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit hoheitlichen Handelns beitragen können. Blickt man insofern auf die oben bereits gewonnenen Ergebnisse<sup>36</sup> zurück, so ergibt sich ein durchaus differenziertes Bild.

---

<sup>35</sup> Zu dieser grundrechtlichen Fundierung des Bestimmtheitsgrundsatzes etwa *H.-J. Papier/J. Möller*, AöR 122 (1997), S. 177 (181) sowie insbes. *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 398 f.

<sup>36</sup> Siehe oben § 4 II, IV.

*aa) Vorhersehbarkeit durch Verfahren*

Wo Verfahren mit der Hoffnung verbunden werden, die Vorhersehbarkeit des hoheitlichen Handelns zu gewährleisten und den Betroffenen auf diese Weise Orientierung zu ermöglichen, setzt das Recht auf Konzeptpflichten, auf die Einbindung der Öffentlichkeit sowie auf Dokumentations- und Begründungspflichten.<sup>37</sup>

Die gängigen Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren bleiben hinter der Erwartung, in Situationen normativer Ungewissheit die Vorhersehbarkeit staatlicher Entscheidungen gewährleisten zu können, indes aus gleich mehreren Gründen zurück:<sup>38</sup> Wo der (betroffenen) Öffentlichkeit lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird, trägt das zur Orientierung schon deshalb nicht bei, weil die entscheidungsverantwortliche Behörde lediglich als Informationsempfänger in Erscheinung tritt, aber im Hinblick auf ihre eigenen Erwägungen weiter mit verdeckten Karten spielt. Wenngleich Erörterungstermine ein Forum bieten könnten, dies zu ändern, werden auch sie diesem Anspruch unter anderem deshalb nicht gerecht, weil die mit der Entscheidung betraute Behörde an ihnen regelmäßig allenfalls als Zuschauerin beteiligt ist und die öffentliche Auseinandersetzung mit den erhobenen Einwänden stattdessen der Anhörungsbehörde obliegt, die allerdings ihrerseits an der anschließenden Entscheidung nicht beteiligt ist. Einen verlässlichen Eindruck vom (künftigen) Entscheidungsverhalten des Staates vermitteln angesichts dessen allenfalls dialogische Beteiligungsforen, wie sie etwa aus der mündlichen Verhandlung im Rahmen des Regulierungsrechts bekannt sind. Indes bilden diese bislang eine Ausnahmeerscheinung, deren positiver Effekt ebenfalls dadurch verringert wird, dass selbst derartige Dialogformate regelmäßig nur für eine eingeschränkte Publizität sorgen können. Und wo die Entscheidungszuständigkeit nicht – wie gerade im Regulierungsrecht – bei einer bundeseinheitlichen Behörde zentralisiert ist, bleibt die Orientierungswirkung solcher Verfahren schließlich auch deshalb hinter denjenigen materieller Gesetzesbestimmungen zurück, weil die erwartungsstabilisierende Wirkung des Dialogs mit der Behörde an deren (räumlichen) Zuständigkeitsgrenzen endet. Die Erwartung, auch andere Behörden würden bei der Entscheidung gleichgelagerter Entscheidungen dieselben Erwägungen anstellen, tragen auch dialogische Beteiligungsformate nicht.

Wie bereits gesehen, gibt die psychologische Forschung Grund zur Annahme, dass Begründungspflichten eben diesen Effekt abmildern.<sup>39</sup> Sie tragen nicht nur dazu bei, dass dieselbe Entscheidungsperson gleichgelagerte Fragen einheitlich entscheidet, sondern erhöhen auch über Entscheidungspersonen hinweg die Wahrscheinlichkeit einer konsistenten Entscheidungspraxis. Als

<sup>37</sup> Siehe oben § 3 VI 2 sowie § 4 IV 2, IV 3, IV 4.

<sup>38</sup> Zum Folgenden bereits oben § 4 IV 3.

<sup>39</sup> Dazu sowie zum Folgenden oben § 4 IV 4.

Grundlage für Prognosen über das künftige Behördenhandeln dürften die Begründungen, die in früheren Fällen für vergleichbare Entscheidungen gegeben wurden, demnach durchaus eine gewisse Tragfähigkeit besitzen. Ein wichtiger Vorbehalt bleibt dabei jedoch: Zur Vorhersehbarkeit staatlicher Entscheidungen vermögen Begründungspflichten nur dann beizutragen, wenn das Recht dafür Sorge trägt, dass die Begründungen allgemein zugänglich veröffentlicht werden und so folglich nicht nur den unmittelbaren Adressaten der begründeten Entscheidung Orientierung bieten können. In der derzeitigen Ausgestaltung fehlt es hieran indes häufig.

Was schließlich Konzeptpflichten anbelangt, so hat sich bereits oben gezeigt, dass auch diese im Grundsatz durchaus einen Beitrag zu Orientierung und Vorhersehbarkeit leisten können.<sup>40</sup> Inwiefern ihnen dies gelingt, hängt indes davon ab, welche Art und welchen Grad an konzeptueller Vorprogrammierung sie verlangen. Beschränken sie sich etwa darauf, grundlegende Methodenfestlegungen einzufordern, bleibt ihre Orientierungsleistung gering; anders stellt sich das hingegen dann dar, wenn sie der Behörde aufgeben, gesetzliche Programme durch materielle Feinsteuerungen, wie etwa die Festsetzung konkreter Grenzwerte, nachzuverdichten. Freilich steht die Orientierungswirkung von Konzeptpflichten selbst in diesen zuletzt genannten Fällen unter dem Vorbehalt, dass die entsprechenden Konzepte in angemessener Weise zugänglich gemacht werden.

Sofern der Bestimmtheitsgrundsatz darauf zielt, staatliches Verhalten vorhersehbar zu machen, um es den Bürgern zu ermöglichen, sich in ihrem Freiheitsgebrauch auf dieses einzurichten, erscheint es angesichts dessen keinesfalls ausgeschlossen, ihn für die Berücksichtigung von Fragen der Verfahrensgestaltung zu öffnen. Im Hinblick auf den Aspekt der Vorhersehbarkeit kann die prozedurale Einbindung staatlicher Entscheidungen dann einen für den Bestimmtheitsgrundsatz relevanten Faktor bilden, wenn die Behörde an Konzept- und Begründungspflichten gebunden ist und deren Ausgestaltung den dargelegten Anforderungen genügt.

### *bb) Kontrollierbarkeit durch Verfahren*

Aus dem Blick geraten darf – trotz dieses zunächst optimistisch stimmenden Befundes – nicht, dass der Bestimmtheitsgrundsatz sich nicht nur bemüht, Vorhersehbarkeit zu gewährleisten, sondern daneben auch die Kontrollierbarkeit staatlichen Handelns, vor allem durch die Gerichte, sicherstellen soll. Wenn gleich die Kontrollfunktion den gemeinsamen Nenner aller kompensatorischen Verfahrenspflichten bildet, beanspruchen nur wenige von ihnen, diese Funktion gerade dadurch zu erfüllen, dass sie gerichtlichen Rechtsschutz ermöglichen.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Dazu oben § 4 IV 1.

<sup>41</sup> Vgl. dazu oben § 4 II 2, II 5 a).

In den Fokus rücken insofern abermals Konzept-, Dokumentations- und Begründungspflichten.

Vor allem Konzeptpflichten tragen zur Kontrollierbarkeit des Staatshandelns in einer Art und Weise bei, die dem materiellen Steuerungsmodus des Bestimmtheitsgrundsatzes durchaus nahe kommt.<sup>42</sup> Indem sie die Verwaltung verpflichten, unbestimmte Normprogramme durch die – gerichtlich überprüfbare – Selbstbindung an konkretisierende Kriterien oder Vorgaben nachzuverdichten, erzeugt ihre Erfüllung ergänzende Kontrollmaßstäbe, die es den Gerichten erlaubt, dem Staatshandeln auch gerade in den Bereichen klare Grenzen zu ziehen, in denen die Gesetzesvorgaben selbst insofern eine eindeutige Antwort vermissen lassen. Wie weit Konzeptpflichten den gerichtlichen Kontrollzugriff erweitern, hängt freilich vom Inhalt des je individuellen Konzepts ab. Doch jedenfalls dort, wo sie den Behörden aufgeben, die Offenheit der materiellen Gesetzesdirektiven ihrerseits durch materielle Konkretisierungen auszufüllen, tragen sie zur Kontrollierbarkeit des Staatshandelns in ähnlicher Weise bei wie ein hinreichend bestimmtes Gesetz.

Dokumentations- und Begründungspflichten folgen im Hinblick auf die Kontrollierbarkeit staatlicher Entscheidungen demgegenüber einer etwas komplexeren Wirkungslogik. Wie bereits gesehen, ermöglichen sie gerichtliche Kontrolle nicht dadurch, dass sie ergänzende materielle Kontrollstandards etablieren, sondern indem sie es den Gerichten ermöglichen, die prozeduralen Kontrollstandards, auf die sich deren Prüfprogramm angesichts materiell-rechtlicher Entscheidungsspielräume umstellt, auch tatsächlich auf ihre Einhaltung zu überprüfen. Sie geben Einblick in Ablauf und Inhalt des (inneren) Entscheidungsverfahrens und wirken so der Gefahr entgegen, dass die nachvollziehende gerichtliche (Verfahrens-)Kontrolle daran scheitert, dass sich der tatsächliche Vorgang der Entscheidungsbildung im gerichtlichen Verfahren nicht reproduzieren lässt.<sup>43</sup>

Freilich wäre es übereilt, bereits angesichts dessen anzunehmen, dass Dokumentations- und Begründungspflichten hinreichend bestimmten Gesetzesvorgaben im Hinblick auf den Aspekt der Kontrollierbarkeit funktional ebenbürtig wären. Denn sofern der Bestimmtheitsgrundsatz durch die Forderung hinreichend klarer Normvorgaben die Kontrollierbarkeit staatlicher Entscheidungen fordert, steht er im Dienst des allgemeineren rechtsstaatlichen Anliegens, den von der Rechtsbindung des Staates beabsichtigten Schutz vor staatlicher Beliebigkeit und Willkür im Ernstfall durch die Gerichte durchsetzen zu können. Dass Dokumentations- und Begründungspflichten die Einhaltung von Verfahrensanforderungen gerichtlich überprüfbar machen, trägt zu der vom Bestimmtheitsgrundsatz beabsichtigten Kontrollierbarkeit folglich nur dann bei,

---

<sup>42</sup> Auch dazu bereits oben § 4 II 2.

<sup>43</sup> Dazu bereits oben § 4 II 5 a).



wenn die besagten Verfahrensanforderungen ihrerseits ebenfalls staatlicher Willkür entgegenwirken, indem sie dem staatlichen Handeln wirksame Grenzen setzen. Zwar formulieren Verfahrenspflichten naturgemäß keine inhaltlichen Grenzen hoheitlichen Handelns, sondern führen allenfalls vermittelt über ihre faktischen Wirkungen dazu, dass sich der Handlungskorridor staatlicher Entscheidungsträger verengt. Doch wie oben bereits gesehen, lässt sich eben das für manche der skizzierten Verfahrenspflichten empirisch nachweisen. So entfalten Begründungspflichten einen disziplinierenden Effekt auf Entscheidungen, weil sie die ausgeglichene Einbeziehung gegenläufiger Informationen begünstigen; sie können Extrementscheidungen zwar nicht gänzlich verhindern, aber doch nachweislich weniger wahrscheinlich machen und wirken sich damit mäßigend auf das Entscheidungsverhalten aus.<sup>44</sup> Und auch für die beratende Einbeziehung von Sachverständigen oder Expertengremien hat sich oben gezeigt, dass die Hoffnung, durch sie eine „institutionelle Beliebigkeitshemmung“<sup>45</sup> zu etablieren, eine gewisse Berechtigung hat. Wenngleich die Intensität des entsprechenden Effekts unklar bleibt, so kann im Lichte der psychologischen Forschung doch als gesichert gelten, dass Expertenstellungnahmen eine Lenkungswirkung zukommt, die abweichende Entscheidungen unwahrscheinlicher macht. Rechtlich unüberwindbar sind die damit gezogenen Entscheidungsgrenzen freilich nicht. Zwar besteht kein Zweifel daran, dass Dokumentationspflichten diese weichen Grenzen gerichtlich überprüfbar machen. Da der Bestimmtheitsgrundsatz gerade auf die Kontrollierbarkeit willkürbegrenzender Rechtsvorschriften abstellt, ist die abgeschwächte Begrenzungswirkung der besagten Verfahrenspflichten allerdings auch im Hinblick auf den Aspekt der Kontrollierbarkeit einzupreisen.

Keines entsprechenden Vorbehaltes bedarf es indes, sofern Dokumentationspflichten die Einhaltung administrativer Konzeptpflichten für die gerichtliche Kontrolle zugänglich machen. Denn Konzepte bleiben in ihrer entscheidungsbegrenzenden Wirkung jedenfalls dann nicht hinter hinreichend bestimmten materiellen Gesetzesvorgaben zurück, wenn sie ihrerseits inhaltliche Entscheidungsmaßstäbe formulieren. Die Dokumentation der Erfüllung von Konzeptpflichten, die ihrerseits gerade eine materielle Nachverdichtung offener Gesetzesdirektiven verlangen, gewährleistet so eben die Art der Kontrollierbarkeit, auf die auch der Bestimmtheitsgrundsatz zielt.

---

<sup>44</sup> Dazu oben § 4 III 5 sowie *P. E. Tetlock/R. Boettger*, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (392); siehe auch *J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (569f.).

<sup>45</sup> So im Hinblick auf die Einbindung des IQWiG in die Entscheidungsfindung des GBA im Gesundheitsrecht *S. Rixen*, *MedR* 2008, S. 24 (27).

## cc) Ergebnis

Sowohl die Vorhersehbarkeit als auch die Kontrollierbarkeit hoheitlichen Handelns lassen sich, so mag man all das zusammenfassen, prozedural in erster Linie über Konzept- und Begründungspflichten absichern – allerdings nur dann, wenn deren Ausgestaltung bestimmten Anforderungen an Inhalt und Publizität genügt. Erfüllen sie diese, sind sie deshalb auch im Rahmen der grundgesetzlichen Bestimmtheitsanforderungen als ein die Unbestimmtheit der materiellen Gesetzesvorgaben kompensierender Faktor zu berücksichtigen. Für die Berücksichtigung anderer Verfahrensanforderungen ist angesichts des fehlenden teleologischen Konnex indes kein Raum. Für sie fehlt es insofern an dem für Kompensationen erforderlichen Funktionszusammenhang.<sup>46</sup>

## c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensationen

Wie sich die Tatsache, dass das Recht die Entscheidungsfindung an Konzept- und Begründungspflichten bindet, konkret in die Struktur und Dogmatik des Bestimmtheitsgrundsatzes integrieren lässt, wird bislang selbst von den Autoren und Gerichten, die sich allgemein für die Möglichkeit prozeduraler Kompensationen aussprechen, nicht präzisiert. Über die nicht näher ausgeführte Berufung auf den Kompensationsgedanken<sup>47</sup> oder die schlichte Feststellung, dass größere Unbestimmtheiten dann „eher tragbar“ seien, wenn das Verfahren bestimmten Anforderungen genüge,<sup>48</sup> gehen sie nicht hinaus. Denkbar sind dabei drei unterschiedliche Wege, die sich als Gewährleistungs- (dazu lit. aa), Rechtfertigungs- (lit. bb) und Erfüllungslösung (dazu lit. cc) bezeichnen lassen.

## aa) Gewährleistungslösung: Verfahrensgestaltung als anforderungsmildernder Umstand

Im Lichte der Grundsätze, denen die gängige Konkretisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes folgt, erscheint es zunächst naheliegend, auch den Kompensationseffekt prozeduraler Anforderungen im Gewährleistungsbereich des grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebots zu verorten. Innerhalb des etablierten Gleitskala-Modells<sup>49</sup> abgestufter Bestimmtheitsanforderungen, ließe sich die Tatsache, dass die Entscheidungsfindung an Verfahrensanforderungen gebun-

<sup>46</sup> Siehe zu dieser Strukturvoraussetzung oben § 2 II 2 c).

<sup>47</sup> Vgl. etwa F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 67.

<sup>48</sup> So etwa BVerfGE 33, 303 (341); ähnlich E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 34.

<sup>49</sup> Siehe BVerfG, NVwZ 2010, S. 435 (437): „gleitende Skala der Normbestimmtheit oder -unbestimmtheit“; ferner A. v. Arnould, Rechtssicherheit, 2006, S. 246; T. Barczak, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 44; im Kontext der dem Vorbehalt des Gesetzes zu

den ist, die zur Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit des Staatshandelns beitragen, schlicht als anforderungsmildernder Umstand in die Abwägung einstellen.<sup>50</sup> Neben der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit, der Schwere der Auswirkungen für die Allgemeinheit sowie der Dynamik und abstrakt-generellen Normierbarkeit des Sachbereichs wäre dann auch die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens in die wertende Gesamtbetrachtung einzubeziehen, anhand derer im konkreten Fall zu ermitteln ist, welches Maß an gesetzlicher Bestimmtheit die Verfassung gewährleistet und verlangt.

Systematisch fügt sich die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens in den Kanon der klassischen anforderungsbestimmenden Kriterien indes nicht bruchlos ein. Denn misst man, wie das BVerfG dies tut, die Bestimmtheit einer Norm vorrangig an der Erkennbarkeit der Normanordnung und der Vorhersehbarkeit des durch die Norm gelenkten Verhaltens,<sup>51</sup> so stellen Verfahrensanforderungen, die eben dies bewirken, kein Argument für besonders strenge oder zurückgenommene Bestimmtheitsanforderungen dar. Aus der Tatsache, dass das Verfahren für ein bestimmtes Maß an Vorhersehbarkeit Sorge trägt, folgt nicht, wieviel Vorhersehbarkeit es im konkreten Fall bedarf.

Und selbst wenn sich dies anders konzipieren ließe, überzeugte es nicht, die entsprechenden Verfahrensanforderungen als gewöhnlichen Faktor in die maßstabsbestimmende Abwägung einzustellen. Anforderungsmildernd kämen sie dann nämlich nur unter dem Vorbehalt zum Zuge, dass kein widerstreitender Belang, etwa die erhebliche Grundrechtsrelevanz einer Regelung, sie zurückdränge.<sup>52</sup> Doch warum sollte es möglich sein, die anforderungsreduzierende Wirkung der Verfahrensanforderungen zu überspielen, wenn diese doch genau das leisten, was der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt? Kurzum: Die Gewährleistungslösung trägt nicht.

#### *bb) Rechtfertigungslösung: Verfahrensgestaltung als Rechtfertigungsgrund*

Nicht nur vor dem Hintergrund dessen könnte die gebräuchliche Rede von der „rechtfertigende[n] Kraft“ von Kompensationen<sup>53</sup> Anlass dazu geben, den die

---

entnehmenden Anforderungen an die Regelungsdichte gesetzlicher Normen auch *K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk*, *Die Verwaltung* 36 (2003), 141 (149); *B. Pieroth*, *JURA* 2013, S. 248 (253).

<sup>50</sup> In diese Richtung wohl *E. Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 34.

<sup>51</sup> Siehe etwa BVerfGE 110, 33 (53 f.); in der Sache ebenso BVerfGE 31, 255 (264); 37, 132 (142); 78, 205 (212).

<sup>52</sup> Das zeigt sich etwa daran, dass gerade auch in Fällen, in denen die Grundrechtsrelevanz für eine hohe Bestimmtheit streitet, die Dynamik des Sachbereichs diese Forderung teilweise zurückdrängen kann, andererseits aber selbst die Dynamik des Sachbereichs nicht stets genügt, um das grundrechtlich geforderte Bestimmtheitsniveau zu reduzieren; siehe knapp zu derartigen Fällen *T. Barczak*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 44.

<sup>53</sup> Siehe etwa *E. Klein*, *DVBl.* 1981, S. 661 (661) sowie allgemein oben § 2 II 3 a).

Unbestimmtheit gesetzlicher Vorgaben ausgleichenden Effekt dogmatisch als Argument der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen des Bestimmtheitsgrundsatzes zu konstruieren. Normstrukturell setzte das freilich voraus, dass sich der Bestimmtheitsgrundsatz in dem vor allem aus der Grundrechtsdogmatik bekannten dreistufigen Schema aus Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung oder zumindest einer verkürzten zweistufigen Variante aus Beeinträchtigung und Rechtfertigung abbilden lässt.<sup>54</sup> Auch wenn das für das allgemeine Bestimmtheitsgebot soweit ersichtlich ein Novum wäre, erscheint eine solche Konstruktion bei genauer Betrachtung keinesfalls ausgeschlossen. Das zeigt sich schon daran, dass dem strukturell verwandten strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG nicht selten genau eine solche Normstruktur zugeschrieben wird.<sup>55</sup> Und auch die Überlegung, dass auch Verfassungsbestimmungen ohne Grundrechtscharakter mit anderen Verfassungsprinzipien in Konflikt geraten und folglich verfassungsimmanente Schranken unterliegen können, belegt, dass Rechtfertigungserwägungen im Grundsatz auch hier ihren Platz haben. Als Ausdruck systematischer Verfassungsinterpretation sind sie nicht auf den Bereich der Grundrechte beschränkt.<sup>56</sup>

Dass es im Ergebnis dennoch nicht überzeugt, die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens als Rechtfertigungsgrund in die Bestimmtheitsdogmatik einzuführen, hat denn auch weniger normstrukturelle als inhaltliche Gründe. So besteht der Kern verfassungsrechtlicher Rechtfertigungserwägungen darin, dass die Nicht-Erfüllung eines Verfassungsgrundsatzes deshalb rechtlich unbeanstandet bleibt, weil eben diese Nicht-Erfüllung notwendig ist, um die Erfüllung eines mindestens gleichwertigen anderen Verfassungsgrundsatzes möglich zu machen. Rechtfertigungsargumente reagieren so auf verfassungsrechtliche Kollisionslagen. Doch genau an einer solchen fehlt es in den hier interessierenden Kompensationskonstellationen, weil zwischen dem Bestimmtheitsgrundsatz und den Verfahrensanforderungen, die dessen Mindererfüllung ausgleichen sollen, kein Zielkonflikt besteht. Im Gegenteil: Als kompensierender Faktor kann die Tatsache, dass eine staatliche Entscheidung an Verfahrensanforderungen gebunden ist, die dazu beitragen, das Staatshandeln vorhersehbar und kontrollierbar zu machen, überhaupt nur deshalb Berücksichtigung finden, weil die entsprechenden Verfahrensanforderungen die Erreichung genau der Ziele fördern, die auch der Bestimmtheitsgrundsatz verfolgt. Während Rechtfertigungslagen sich demnach durch das Dilemma auszeichnen, ein Verfassungsprinzip

---

<sup>54</sup> Vgl. allgemein zur Übertragbarkeit grundrechtsdogmatischer Strukturen in den Bereich der Staatsorganisation *H. Aust*, AÖR 141 (2016), S. 415.

<sup>55</sup> So etwa *M. Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 103 Rn. 62: Art. 103 „Abs. 2 enthält ein grundrechtsgleiches Recht [...] und wird daher traditionell dreistufig mit eigenem Schutzbereich geprüft“.

<sup>56</sup> Zu immanenten Grundrechtsschranken als Ausfluss (systematischer) Verfassungsinterpretation *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 717f.

nur auf Kosten eines anderen verwirklichen zu können, erfordern Kompensationslagen, dass zwischen den Zielen der Norm, deren Mindererfüllung die Kompensationslage begründet, und denjenigen, die das Kompensationsmittel verfolgt, Einklang besteht.<sup>57</sup> Auf Rechtfertigungsebene wirkte die Tatsache, dass das Entscheidungsverfahren für Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit Sorge trägt, daher deplatziert.

*cc) Erfüllungslösung: Verfahrensgestaltung als alternativer Erfüllungsmodus*

Eine tragfähige dogmatische Konstruktion muss im Lichte dieser Einwände vor allem einer Einsicht gerecht werden: Konzept- und Begründungspflichten tragen zur Erreichung dessen bei, was auch der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz zu gewährleisten versucht. Sie stehen ihm deshalb nicht als Schranke gegenüber, sondern fördern sein Anliegen, wo er aus anderen Gründen an Grenzen stößt. Und sie bestimmen eben deshalb nicht sein Anforderungsniveau, sondern beeinflussen den Grad seiner Zielerfüllung.

In der Dogmatik des Bestimmtheitsgrundsatzes lässt sich all dies angemessen abbilden, wenn man die Tatsache, dass das Verfahren (teilweise) dafür Sorge trägt, die Ziele des Bestimmtheitsgrundsatzes zu erreichen, als alternativen Erfüllungsmodus konzipiert. In Anlehnung an Kategorien, die ansonsten eher im Recht der privaten Schuldverhältnisse begegnen, mag man insofern von einer Leistung an Erfüllung statt sprechen: Obwohl der Bestimmtheitsgrundsatz eigentlich hinreichend bestimmte gesetzliche Vorgaben verlangt, kann die durch ihn statuierte Forderung auch dadurch zum Erlöschen gebracht werden, dass der Gesetzgeber die Verwaltung an Konzept- oder Begründungspflichten bindet, und zwar weil und insoweit diese die Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit der Rechtsanwendung gewährleisten. Und um im privatrechtlichen Bild zu bleiben: Aus der Perspektive des Gesetzgebers stellt sich die Offenheit des Bestimmtheitsgrundsatzes für die Berücksichtigung prozeduraler Argumente als Ersetzungsbefugnis dar. Sie räumt ihm ein Wahlrecht ein, ob er den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots dadurch nachkommt, dass er die materiellen Gesetzesvorgaben hinreichend bestimmt formuliert, oder dadurch, dass er durch Verfahrensanforderungen genau das Maß an Vorhersehbarkeit erzeugt, das durch hinreichend bestimmte Gesetzesvorgaben sichergestellt würde.

Ins Verfassungsrecht übertragen verdeutlichen die privatrechtlichen Konzepte der Ersetzungsbefugnis und der Leistung an Erfüllung statt so genau die Aspekte, die Gewährleistungs- und Rechtfertigungslösung nicht angemessen abbilden konnten: Sie verleihen der Tatsache Ausdruck, dass die im Rahmen der Bestimmtheitsdogmatik berücksichtigungsfähigen Verfahrensanforderungen mit dem Bestimmtheitsgebot nicht im Widerstreit stehen, sondern zu dessen

---

<sup>57</sup> Allgemein zu diesem Erfordernis des kompensationsstypischen Funktionszusammenhangs oben § 2 II 2 c).

Realisation beitragen; sie veranschaulichen, dass die Berücksichtigung der Verfahrensgestaltung nicht das Anforderungsniveau, sondern die Erfüllungsebene betrifft; und sie machen deutlich, dass die Tatsache, dass das Recht Konzept- und Begründungspflichten vorsieht, keinen bloßen Abwägungsfaktor bildet, sondern die verfassungsrechtliche „Schuld“, die der Bestimmtheitsgrundsatz begründet, in eben dem Maße zum Erlöschen bringt, wie es ihnen gelingt, dessen Zielerreichung zu fördern.

### 5. Interne Grenzen der Prozeduralisierung

Die Grenzen, die der Bestimmtheitsgrundsatz selbst dieser Ersetzungsbefugnis zieht, liegen freilich dort, wo das Maß an Vorhersehbarkeit, das durch Verfahrensvorgaben gewährleistet wird, nicht genügt, um demjenigen zu entsprechen, das die durch sie ersetzten materiellen Gesetzesvorgaben hätten leisten müssen, um die verfassungsrechtlich verlangte „hinreichende“ Bestimmtheit zu bewirken.

Da die Teleologie des Bestimmtheitsgrundsatzes den zentralen und einzigen Maßstab für die Berücksichtigung der Verfahrensgestaltung bildet,<sup>58</sup> spricht aus seiner Sicht allerdings umgekehrt nichts gegen einen vollständigen Verzicht auf materielle Gesetzesvorgaben, sofern es den Verfahrensvorgaben, die deren Fehlen ausgleichen sollen, nur gelingt, ein hinreichendes Maß an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit sicherzustellen. Den limitierenden Faktor für die Prozeduralisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes bildet angesichts dessen die (eingeschränkte) Leistungsfähigkeit prozeduraler Vorgaben.<sup>59</sup> Doch wie bereits gezeigt, bleibt diese regelmäßig deutlich hinter derjenigen materieller Gesetzesbestimmungen zurück.<sup>60</sup> Soweit Verfahrensanforderungen die Einschränkungen des materiellen Rechts bei der Erreichung der durch den Bestimmtheitsgrundsatz gebotenen Zwecke allerdings kompensieren können, dürfen sie es auch.

### 6. Ergebnis

Kompensationslagen, die aus der rechtswidrigen Unbestimmtheit des materiellen Gesetzesrechts resultieren, dürfen – so lassen sich die vorstehenden Überlegungen zusammenfassen – auch im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes

<sup>58</sup> Siehe oben § 6 II 2, II 4 a).

<sup>59</sup> Dazu bereits oben § 6 II 4 b).

<sup>60</sup> Dazu bereits oben § 4 IV 3, IV 4. Einzige Ausnahme stellen insofern Konzeptpflichten dar. Sofern sie eine inhaltlich hinreichend bestimmte Konzeptsteuerung verlangen und zudem in allgemein zugänglicher Weise veröffentlicht werden, können sie ein Maß an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit gewährleisten, das demjenigen materieller Gesetzesbestimmungen entspricht. Selbst bei vollständigem Verzicht auf materielle Gesetzesvorgaben könnten sie den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes folglich genügen.

grundsätzlich durch Verfahrensanforderungen ausgeglichen werden. Insoweit die Anforderungen an das Entscheidungsverfahren dafür Sorge tragen können, dass die Zwecke, die der Bestimmtheitsgrundsatz verfolgt, erreicht werden, erlaubt es dieser dem Gesetzgeber, die Forderung nach gesetzlicher Bestimmtheit auch durch die verpflichtende Vorgabe entsprechender Verfahrensanforderungen zu erfüllen. Aus dem Kanon kompensatorischer Verfahrenspflichten tragen indes lediglich Konzept- und Begründungspflichten zur Erreichung dieser Zwecke bei. Sofern das Ausmaß der durch materielle Bestimmtheitsdefizite begründeten Kompensationslagen nicht den (begrenzten) Umfang dessen übersteigt, was Konzept- und Begründungspflichten im Einzelfall zu Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit beitragen können, steht der Bestimmtheitsgrundsatz einer entsprechenden Kompensation durch Verfahren daher nicht entgegen.

### III. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Vorbehalts des Gesetzes – oder: Lässt sich die Wesentlichkeitslehre prozeduralisieren?

Vor allem in den – wenngleich seltenen – Konstellationen, in denen gesetzliche Vorgaben aufgrund ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit nach einem Ausgleich verlangen, ist die Zulässigkeit prozeduraler Kompensationsversuche neben dem Bestimmtheitsgrundsatz auch am Vorbehalt des Gesetzes zu messen. Mit seiner Forderung, der parlamentarische Gesetzgeber müsse alle wesentlichen Fragen selbst entscheiden, verlangt der Vorbehaltsgrundsatz nicht nur, dass die Verwaltung in wesentlichen Regelungsbereichen überhaupt durch gesetzliche Grundlagen angeleitet wird, sondern formuliert zugleich Anforderungen an deren Regeldichte.<sup>61</sup> Sofern das materielle Recht hinter diesen zurückbleibt und eben deshalb eines Ausgleichs bedarf, zieht die Wesentlichkeitslehre der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationsversuche immer dann und deshalb Grenzen, wenn und weil es den mit dem Ausgleich bedachten Verfahrensanforderungen nicht gelingt, das durch die unzureichende Regeldichte begründete Rechtswidrigkeitsurteil aus der Welt zu schaffen. Besteht die Rechtswidrigkeit der Ausgangssituation aber trotz der ergänzenden Verfahrensvorkehrungen fort, weil der Versuch, das sie begründende Defizit über Verfahren auszugleichen, scheitert, so erweist sich die Kompensation schon deshalb als unzulässig.

Inwiefern die vorbehaltspezifischen Anforderungen an die gesetzliche Regeldichte der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen Grenzen setzen, hängt im Lichte dieser Vorüberlegungen erneut von zwei Fragen ab: Erstens

<sup>61</sup> Meist findet das in der These Ausdruck, der Vorbehalt des Gesetzes entscheide sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ einer gesetzlichen Regelung, siehe etwa *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 164 f.; *M. Kloepfer*, JZ 1984, S. 685 (691).

davon, ob die den Vorbehalt des Gesetzes konturierende Wesentlichkeitstheorie überhaupt Raum dafür lässt, die verfahrensrechtliche Einhegung einer staatlichen Entscheidung bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der Regelungsdichte derjenigen Gesetzesnorm zu berücksichtigen, die die Entscheidung in materieller Hinsicht anleitet. Und zweitens davon, ob zumindest manche der Verfahrensanforderungen, die mit dem Anspruch auftreten, die Offenheit gesetzlicher Normen ausgleichen zu können, den Anforderungen genügen, von denen der Vorbehalt des Gesetzes eine entsprechende Berücksichtigung abhängig macht.

Um auf diese Fragen Antwort zu geben, folgen die nachfolgenden Überlegungen dem bereits aus den Erwägungen zum Bestimmtheitsgrundsatz vertrauten Vorgehen: Im Anschluss an eine knappe Erinnerung an die Faktoren, an die die Wesentlichkeitslehre zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelungsdichte anknüpft (dazu 1.), werfen sie zunächst einen Blick darauf, ob Wesentlichkeitslehre und Vorbehaltsdogmatik im Hinblick auf die Bestimmung der für sie maßstabsbildenden Kriterien überhaupt Spielräume für Erweiterungen oder Neuausrichtungen lassen (dazu 2.). Dass im Schrifttum vor dem Hintergrund veränderter Staatsaufgaben zumindest gelegentlich für eine prozedurale Reinterpretation des Gesetzesvorbehalts und eine entsprechende Erweiterung des klassischen Kriterienkatalogs geworben wird (dazu 3.), nehmen sie sodann zum Anlass, die Möglichkeit und Grenzen einer Prozeduralisierung auszuloten und im Lichte der oben besprochenen empirischen Befunde danach zu fragen, ob und inwiefern der Vorbehalt des Gesetzes es erlaubt, Einschränkungen der gesetzlichen Regelungsdichte hinzunehmen, wenn ihnen Verfahrensanforderungen zur Seite gestellt werden (dazu 4. und 5.).

### *1. Rekapitulation: Die klassischen Kriterien für die Bildung gesetzesvorbehaltsbezogener Rechtmäßigkeitsurteile*

Inhaltlich weisen die Anforderungen, die der Vorbehalt des Gesetzes in seiner herkömmlichen Lesart an die Regelungsdichte gesetzlicher Bestimmungen stellt, eine kaum zu übersehende Ähnlichkeit mit denjenigen des Bestimmtheitsgrundsatzes auf.<sup>62</sup> Ebenso wie dem Bestimmtheitsgrundsatz lässt sich auch

---

<sup>62</sup> Vgl. im Hinblick auf die maßstabsbildenden Kriterien *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VII Rn. 60 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 135. Im Schrifttum wird angesichts dessen mitunter dafür plädiert, die Unterscheidung zwischen beiden insofern aufzugeben (siehe zum Meinungsstand *W. Schwanengel*, Einwirkungen der Landesparlamente auf die Normsetzung der Exekutive, 2002, S. 26 ff.). Das ginge indes aus mindestens zwei Gründen zu weit: Erstens, weil der Bestimmtheitsgrundsatz – anders als der Vorbehalt des Gesetzes – auch Anforderungen an Rechtssetzungsakte ohne parlamentsgesetzliche Form stellt (*M. Kloepfer*, JZ 1984, S. 685 (691); vgl. dazu auch *P. Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 127 f.); und



dem Vorbehalt des Gesetzes kein fallübergreifend feststehendes Niveau der gebotenen Regelungsdichte entnehmen; ebenso wie jener fordert auch dieser nicht die größtmögliche, sondern lediglich eine hinreichende Dichte der gesetzlichen Vorgaben,<sup>63</sup> deren genaues Maß schließlich ebenso wie bei jenem auch für den Vorbehalt des Gesetzes über eine Abwägung unterschiedlicher Faktoren zu bestimmen ist, unter denen die Grundrechtsrelevanz einer Regelung den wohl prominentesten bildet.<sup>64</sup> Das dogmatische Einfallstor für die sich somit auch in der Vorbehaltsgenomik abzeichnenden Relativität der Anforderungen bildet die als Wesentlichkeitstheorie bekannt gewordene These, dass das Parlament „in grundlegenden normativen Bereichen [...] alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“<sup>65</sup> hat und deshalb der Grad der Wesentlichkeit einer Materie darüber entscheide, wie detailliert deren gesetzliche Regelung ausgestaltet sein muss. Rechtsprechung und Lehre konkretisieren diesen Wesentlichkeitsvorbehalt unter Rückgriff auf einen bunten Strauß an Kriterien, die in ihrer Vielfalt zwar noch über die grundgesetzliche Bestimmtheitsdogmatik hinausgehen, in weiten Teilen aber doch keine Unbekannten sind.<sup>66</sup> Vor allem die Bedeutung der von einer Regelung betroffenen (Grund-)Rechte und die Intensität der durch sie bewirkten Grundrechtsbeeinträchtigung bestimmen demnach deren Wesentlichkeit.<sup>67</sup> Daneben soll von einer wesentlichen Entscheidung aber auch umso eher auszugehen sein, je langfristiger, politisch umstrittener und volkswirtschaftlich bedeutsamer sie ist, je stärker sie sich auf Staatsfinanzen und Verfas-

---

zweitens, weil so verdeckt würde, dass der Vorbehalt des Gesetzes in seiner derzeitigen Ausprägung vor allem auf das Demokratieprinzip zurückgeführt wird, während der Bestimmtheitsgrundsatz in erster Linie rechtsstaatlichen Grundsätzen Ausdruck verleiht. Für die Frage, welche Verfahrensbedingungen eine entsprechende Mindererfüllung möglicherweise kompensieren können, sind die mit diesen Begründungsdifferenzen verbundenen Unterschiede im Hinblick auf die Teleologie von Bestimmtheitsgrundsatz einerseits und Gesetzesvorbehalt andererseits, durchaus von Bedeutung, vgl. dazu noch sogleich § 6 III 4 einerseits und oben § 6 II 4 andererseits.

<sup>63</sup> C. Seiler, *Der einheitliche Parlamentsvorbehalt*, 2000, S. 101.

<sup>64</sup> Zum Abwägungscharakter etwa T. Barczak, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 31; K.-H. Ladeur/T. Gostomyk, *Die Verwaltung* 36 (2003), 141 (148); H. Wißmann, *Generalklauseln*, 2008, S. 160; eingehend F. Kalscheuer/A. Jacobsen, *DÖV* 2018, S. 523.

<sup>65</sup> BVerfGE 49, 89 (126); ebenso BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116); BVerfGK 1, 167 (170).

<sup>66</sup> Vgl. zu diesen sowie zum Folgenden B. Busch, *Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt*, 1992, S. 51 ff.; B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 20 Abschn. VI Rn. 107 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); W. Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, S. 491 ff.; F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwRI*, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 48; C. Seiler, *Der einheitliche Parlamentsvorbehalt*, 2000, S. 119 f.; J. Staupe, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, 1986, S. 238 ff.

<sup>67</sup> Dazu neben den in Fn. 66 Genannten auch F. Gonsior, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 170 m. Nachw.; C. Seiler, *Der einheitliche Parlamentsvorbehalt*, 2000, S. 116; D. C. Umbach, in: *Festschrift für H. J. Faller*, 1984, S. 111 (127).

sungsprinzipien (etwa Staatszielbestimmungen) auswirkt und je mehr Personen sie adressiert. Gegen die Wesentlichkeit einer Entscheidung soll es hingegen sprechen, wenn sie entwicklungs-offene Sachverhalte betrifft, Bereiche berührt, die aus anderen Gründen auf besondere Flexibilität angewiesen sind<sup>68</sup> oder die dezentral geregelt werden sollten. Auch dass das Parlament entlastet wird oder eine Entscheidung den parlamentarischen Sachverstand übersteigt, wird zu Lasten der Wesentlichkeit angeführt.

Prozedurale Aspekte, wie die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens, fehlen im Kanon der die Wesentlichkeit bestimmenden Kriterien indes beinahe ganz.<sup>69</sup> Die insofern einzige Ausnahme bildet die Überlegung, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regelungsdichte einer gesetzlichen Bestimmung dort geringer sein könnten, wo den Betroffenen bei deren verwaltungsseitiger Umsetzung Beteiligungsrechte zustehen, die eingeschränkt würden, wenn der Gesetzgeber selbst alle spielraumbegründenden Unklarheiten beseitigte.<sup>70</sup>

## 2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität von Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitslehre

In Stein gemeißelt sind freilich weder die Wesentlichkeitslehre selbst noch die Unterkriterien, mit Hilfe derer sie darüber entscheidet, welche Regelungsdichte materiell-gesetzliche Vorgaben aufweisen müssen, um dem Vorbehalt des Gesetzes zu genügen.<sup>71</sup> Im Verfassungstext sind beide nicht explizit verankert, und sogar der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes selbst findet zwar an verschiedenen Stellen – nicht zuletzt in den grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalten – beispielhaft Ausdruck,<sup>72</sup> doch bleibt er als übergreifender Grundsatz ebenfalls unerwähnt. Die Ausprägungen, die er im Verfassungstext gefunden hat, geben zu-

<sup>68</sup> Speziell hierzu neben den in Fn. 66 Genannten auch *C.-E. Eberle*, DÖV 1984, S. 485 (492).

<sup>69</sup> Vgl. auch *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbeugnisse, 2018, S. 358: „Einen festen Platz in der verfassungsrechtlichen Dogmatik haben sie bislang [...] nicht gefunden.“

<sup>70</sup> Zu diesem Gedanken vor allem *J. Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 275; knapp genannt wird der Aspekt der Beteiligungsrechte aber auch bei *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 107 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022) und *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 48.

<sup>71</sup> Vgl. allgemein in diese Richtung auch *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 79 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022): „Vorbehalt des Gesetzes als ein wandelbarer rechtsdogmatischer Begriff“.

<sup>72</sup> Zu dieser Deutung *P. Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 143: Grundrechtsvorbehalte als Ausdruck des allgemeinen Vorbehaltsgesetzes; eine induktive Herleitung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts und dessen Inhalts bereite zudem auch deshalb Schwierigkeiten, weil die speziellen Gesetzesvorbehalte teils sehr unterschiedliche Anforderungen formulieren, vgl. dazu *H. D. Jarass*, NVwZ 1984, S. 473 (478, 480).

dem allenfalls vereinzelt zu erkennen, dass ihm überhaupt Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte zu entnehmen sein könnten.<sup>73</sup> Klare oder gar zwingende Grenzen, die es verbieten könnten, prozedurale Aspekte im Rahmen der Gesetzesvorbehaltsdogmatik zu berücksichtigen, lassen somit weder Verfassungstext noch -systematik erkennen. Klarere Konturen gewinnt der Vorbehalt des Gesetzes demnach – ebenso wie schon der Bestimmtheitsgrundsatz – erst im Lichte seiner Teleologie. Wie *Florian Gonsior* treffend herausgestellt hat, gewinnt insofern Bedeutung, dass die mit dem Vorbehalt des Gesetzes verbundene Forderung nach einer hohen materiell-rechtlichen Regelungsdichte lediglich das Ergebnis interpretatorischer Konkretisierung von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip darstellt und als solches gerade deshalb „kein eigenständiges Ziel, sondern [ein] bloßes Mittel zur Erreichung verschiedener rechtsstaatlicher und demokratischer Zwecke“ bildet.<sup>74</sup> Rechtfertigt sich die Forderung nach einer hohen materiell-rechtlichen Regelungsdichte aber einzig aus deren Beitrag zur Erreichung externer Zwecke, so erweist sie sich jedenfalls dann nicht als sakrosankt, wenn auch andere Instrumente die Realisierung genau dieser Zwecke gewährleisten können. Sofern Verfahrensanforderungen eben das gelingt, steht ihrer Berücksichtigung bei der Ausfüllung der Vorgaben des Gesetzesvorbehalts daher nichts entgegen. Auch der Vorbehalt des Gesetzes ist folglich flexibel genug, um sie zu integrieren.

### *3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Gesetzesvorbehaltsdogmatik*

Im Schrifttum ist das Plädoyer für eine Prozeduralisierung des Gesetzesvorbehalts denn auch bereits verschiedentlich vorgetragen oder zumindest angedacht worden<sup>75</sup> – freilich ohne dass dabei immer klar thematisiert würde, ob die Dog-

<sup>73</sup> Zu denken ist hier erneut an Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, dessen Interpretation als bereichsspezifisches Bestimmtheitsgebot im Schrifttum zu Recht entgegengehalten wird, dass er zwar die zu treffenden Bestimmungen vorsehe, deren Dichte aber nicht näher beschreibe, so insbes. *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *GVwRI*, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 71; *B. Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 80 Rn. 63 (Stand: 70. Erg.-Lfg. Dezember 2013).

<sup>74</sup> *F. Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 205; ähnlich *C. Seiler*, *Der einheitliche Parlamentsvorbehalt*, 2000, S. 101: „kein eigener Zweck der Verfassung, sondern bloßes Mittel zur Verwirklichung anderer Zwecke“.

<sup>75</sup> Siehe etwa *U. Di Fabio*, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, S. 465 f.; *W. Hoffmann-Riem*, *AöR* 130 (2005), S. 5 (34 f., 35 f., 45 f., 55 und öfter); *K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk*, *Die Verwaltung* 36 (2003), S. 141 (160 ff., 168 f.); *A. Scherzberg*, in: Engel/Halfmann/Schulte (Hrsg.), *Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen*, 2002, S. 113 (130); *ders.*, *VVDStRL* 63 (2004), S. 214 (244, 257); *H.-H. Trute*, in: *Festschrift für P. Selmer*, 2004, S. 565 (580 f.); aus unionsrechtlichen Erwägungen heraus auch *H. Rieckhoff*, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht*, 2007, S. 273 f.; frühe Ansätze in dieser Richtung bereits bei *P. Häberle*, *VVDStRL* 30 (1972), S. 43 (87); siehe ferner *F. Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 205 ff., insbes. 217 ff. und 224 f., 356 ff.; offenbar ebenfalls in

matik des Gesetzesvorbehalts es überhaupt zulässt, der Ausgestaltung des Verfahrens für die Konkretisierung oder Erfüllung der Anforderungen, die er formuliert, Bedeutung zuzumessen. Fast allen entsprechenden Vorstößen ist dabei gemein, dass sie sich über die Frage der Zulässigkeit einer entsprechenden Prozeduralisierung schon deshalb wenig Sorgen machen, weil sie es für geradezu unumgänglich halten, dass der Gesetzesvorbehalt auch Verfahrensaspekte einbezieht. Andernfalls müsse man, so formuliert es etwa *Udo Di Fabio*, „eine Inadäquanz zwischen rechtsstaatlichem Gesetzesvorbehalt und einfachgesetzlich verfaßter Verwaltungswirklichkeit oder gar die Verfassungswidrigkeit zentraler Risikoverwaltungsmaterien in Kauf nehmen“.<sup>76</sup> Eingebettet in die Erzählung vom Wandel der Staatsaufgaben im Zuge des Aufkommens von Gewährleistungs- und Präventionsstaat,<sup>77</sup> ruht diese Befürchtung auf dem Befund, dass bedeutende Bereiche, auf die sich die staatliche Tätigkeit erstreckt, in der für materielle Gesetzesbestimmungen typischen abstrakt-generellen Form gar nicht oder jedenfalls nicht sinnvoll zu regeln sind. Zu groß sind die Ungewissheiten, zu dynamisch die Gegenstände und zu hoch ist folglich der Flexibilitätsbedarf. „Wahrscheinlich“ so resümiert das Sondervotum zum Mühlheim-Kärlich-Beschluss diese Diagnose für das Technikrecht, „läßt sich nur über das Verfahrensrecht verhindern, daß der Bereich zwischen Recht und Technik zum juristischen Niemandsland wird“.<sup>78</sup> Da materielle Gesetzessteuerung hier an Grenzen stoße, müsse sich, so der einheitlichen Tenor all dieser Stimmen, auch der Gesetzesvorbehalt mit einer gesetzlichen Kontextsteuerung begnügen, für die die Ausgestaltung des Verfahrens einen, wenn nicht sogar den entscheidenden Faktor bilde.

Welche Anforderungen der Gesetzesvorbehalt an die entsprechenden Verfahren stellt, bleibt dabei indes oft vage. Es gehe, so ist zuweilen in kaum zu überbietender Abstraktheit zu lesen, um die normative „Sicherung der Qualität von Problemlösungen (der Qualitäts-Gewährleistung)“<sup>79</sup> oder um „Richtigkeitsgewähr durch Verfahren“<sup>80</sup> – Forderungen, die inhaltlich weitgehend maßstabsleer bleiben.<sup>81</sup> Lediglich vereinzelt klingt an, dass es auch dem entsprechend umgedeuteten Gesetzesvorbehalt darum gehe, „die Erreichung verfassungsrechtli-

---

diese Richtung die knappen Bemerkungen bei *K. Lange*, *VerwArch* 82 (1991), S. 1 (13); aus entgegengesetzter Perspektive fragt *R. Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, S. 598 ff. unter dem Topos „Prozedurale Wesentlichkeitstheorie“ danach, ob die Wesentlichkeitslehre auch Verfahrensfragen dem Gesetzgeber vorbehalten.

<sup>76</sup> *U. Di Fabio*, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, S. 465.

<sup>77</sup> Dazu bereits oben § 1 III.

<sup>78</sup> BVerfGE 53, 30 (76) – Sondervotum der Richter Simon und Heußner.

<sup>79</sup> *W. Hoffmann-Riem*, *AÖR* 130 (2005), S. 5 (46) in Anknüpfung an *A. Scherzberg*, *VVDStRL* 63 (2004), S. 214 (257): „Gebot normativer Qualitätssicherung“.

<sup>80</sup> Ausführlich *F. Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungs-befugnisse*, 2018, S. 214 ff.

<sup>81</sup> Vgl. dazu *P. Hilbert*, *Die Verwaltung* 51 (2018), S. 313 (343 ff.) sowie den Diskussionsbeitrag von *K. F. Gärditz*, *VVDStRL* 70 (2011), S. 340 (340).

cher Schutzziele prozedural zu gewährleisten“.<sup>82</sup> Weiter ausbuchstabiert wird die damit gewählte teleologische Ausrichtung indes kaum je. Und auch eine empirische Vergewisserung, welche Verfahrensanforderungen ihr gerecht werden, fehlt bisher ganz. Das gilt es, auch im Lichte der obigen Betrachtungen zur Leistungsfähigkeit der skizzierten kompensatorischen Verfahrenspflichten,<sup>83</sup> nachzuholen.

#### 4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Gesetzesvorbehaltsdogmatik?

Was die bisherigen Überlegungen zeigen, ist: Umdeutungen und Neuinterpretationen steht der Vorbehalt des Gesetzes im Grundsatz durchaus offen gegenüber. Da die Zwecke, denen er dient, dabei den einzigen Fixpunkt seiner Auslegung bilden, muss auch der Versuch, die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens als kompensierenden Faktor in die Vorbehaltsdogmatik zu integrieren, bei ihnen ansetzen. Erst wenn über die Ziele, die der Vorbehalt des Gesetzes mit der Forderung nach einer hohen materiell-rechtlichen Regelungsdichte verbindet (dazu lit. a), Klarheit besteht, lässt sich danach fragen, inwiefern auch Verfahrenspflichten zu deren Verwirklichung beitragen können (dazu lit. b). Wie die Antwort darauf ausfällt, hängt nicht zuletzt von den bereits skizzierten empirischen Befunden zur Kompensationsfähigkeit prozeduraler Vorgaben ab.<sup>84</sup> Wie sich die Kompensationsfunktion der entsprechenden Vorgaben in der Dogmatik des Gesetzesvorbehalts am besten abbilden lässt, vermag indes auch die Empirie nicht zu beantworten. Ebenso wie bereits im Rahmen der Bestimmtheitsdogmatik bietet es sich insofern auch für den Gesetzesvorbehalt an, auf zivilrechtliche Kategorien zurückzugreifen (dazu lit. c).

##### a) Normativer Maßstab: Die Teleologie des Gesetzesvorbehalts

Worin genau der Zweck des Gesetzesvorbehalts im Allgemeinen und seiner Forderung nach hinreichend dichten parlamentsgesetzlichen Vorgaben im Besonderen besteht, ist angesichts der Selbstverständlichkeit, mit der der Grundsatz selbst zum Kernbestand verfassungsrechtlicher Dogmatik gezählt wird, erstaunlich unklar. Einzig die Großformeln, zwischen denen sich die Diskussion bewegt, sind unbestritten: Rechtsstaat, Demokratie, Grundrechte.<sup>85</sup> Das BVerfG formuliert insofern zuweilen schlicht, es seien „Rechtsstaatsprinzip

<sup>82</sup> A. Scherzberg, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (244); für die Möglichkeit einer am Sinn des Vorbehaltsgrundsatzes orientierten dogmatischen Neujustierung auch F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 32.

<sup>83</sup> Vgl. oben § 4.

<sup>84</sup> Ausführlich oben § 4.

<sup>85</sup> Überblick über den Diskussionsstand zur Grundlage des Gesetzesvorbehalts bei C. Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 73 ff.

und Demokratiegebot“, die dem Parlament alle wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden normativen Bereichen vorbehalten.<sup>86</sup> Doch bleibt schon der eröffnende Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip denkbar farblos. Inwiefern die Wesentlichkeitslehre rechtsstaatliche Anliegen verwirklicht, buchstabiert das Verfassungsgericht nicht aus.<sup>87</sup> Und sofern das Schrifttum sich eben hierum bemüht, fällt die Bilanz weitgehend ernüchternd aus: Auf die Idee der Rechtssicherheit lässt sich der Vorbehalt des Gesetzes nicht stützen, weil sich Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des Rechts auch über Normen der Verwaltung gewährleisten lassen;<sup>88</sup> der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Gebot effektiven Rechtsschutzes taugen als Grundlagen hingegen deshalb nicht, weil sie bestehende Rechtsbindungen voraussetzen, nicht einfordern und folglich auch der Regelungsdichte der entsprechenden Gesetzesbestimmungen gleichgültig gegenüberstehen,<sup>89</sup> und auch dem geläufigen Verweis auf den Gewaltenteilungsgrundsatz<sup>90</sup> wird gemeinhin attestiert, Zweck und Grundlage des Gesetzesvorbehalts nicht zutreffend zu beschreiben, weil jener – obgleich sich der Vorbehaltsgrundsatz zweifellos auf die Gewaltenteilung auswirkt – den Staatsgewalten allenfalls einen Kernbereich eigener Aufgaben zuweise, für die Bestimmung dessen, was das Parlament im Einzelfall in welcher Dichte zu entscheiden habe, aber nichts hergebe.<sup>91</sup> Vom Versuch, den Gesetzesvorbehalt auf rechtsstaatliche Zwecke zurückzuführen, bleibt angesichts dessen nicht mehr als der Verweis darauf, dass er im Sinne rechtsstaatlicher Gewaltenteilung eine organadäquate Funktionenteilung sicherstelle: Schließlich weise „das parlamentarische Verfahren strukturell die besten Voraussetzungen dafür auf, dass

<sup>86</sup> BVerfGE 139, 19 (45); 108, 282 (311 f.); 83, 130 (142) im Wortlaut anders, in der Sache aber ebenso BVerfGE 150, 1 (96); ausführlich zur Position des BVerfG und deren Entwicklung *P. Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 78 ff.

<sup>87</sup> Insofern kritisch auch *P. Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 93: „Auch die Relevanz rechtsstaatlicher Gehalte bleibt im Vagen.“ In der Sache kritisch zur rechtsstaatlichen Begründung *C.-E. Eberle*, DÖV 1984, S. 485 (488 f.).

<sup>88</sup> *C.-E. Eberle*, DÖV 1984, S. 485 (488); *P. Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 127 f.; *J. Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsverbot, 1986, S. 179 f.

<sup>89</sup> *C. Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 79 f.

<sup>90</sup> Auf diesen stützen sich insbes. *D. Wolff/P. Zimmermann*, JURA 2022, S. 18 (19 f.); als eine von mehreren Grundlagen ziehen ihn heran *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 12; *C. D. Classen*, JZ 2003, S. 693 (694); *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 83, 86 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *H. D. Jarass*, NVwZ 1984, S. 473 (474) weist darauf hin, dass sich die Begründung über den Grundsatz der Gewaltenteilung vor allem in der Schweizer Staatsrechtslehre einiger Beliebtheit erfreut.

<sup>91</sup> *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968, S. 190; *P. Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 133 f.; *F. Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 229; *C. Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 74; noch strenger *P. Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 358 f.: „[D]as Gewaltenteilungsprinzip [kann] keine Aussagen über die den Organen zukommenden Aufgaben und Befugnisse [...] treffen“.

schlecht durchdachte Schnellschüsse vermieden und alle entscheidungserheblichen Gesichtspunkte in die Entscheidungsfindung integriert werden können, um so zu einem möglichst gerechten Ausgleich zwischen divergierenden Interessen zu kommen“.<sup>92</sup>

Die demokratische Begründungslinie gewinnt nicht zuletzt angesichts dieser Schwächen an Bedeutung. Sie sieht den Zweck des Gesetzesvorbehalts und der mit ihm verbundenen Forderung nach einer hinreichend bestimmten Gesetzesentscheidung des Parlaments darin, sicherzustellen, dass alle bedeutenden Fragen des Gemeinwesens und alle wichtigen Entscheidungen der Gemeinwohlkonkretisierung vom einzig unmittelbar demokratisch legitimierten Organ, dem Parlament, getroffen werden.<sup>93</sup> Das verfassungsrechtlich geforderte „hinreichende Legitimationsniveau“ lasse sich, so die zugrundeliegende Prämisse, nur dadurch sicherstellen, dass die Legitimationskette kurzgehalten werde.<sup>94</sup> Dass das nach verbreiteter Auffassung nicht nur der demokratischen Legitimation der Verwaltung Unrecht tut,<sup>95</sup> sondern auch interne Widersprüche provoziert, hat in jüngerer Zeit vor allem *Philipp Lassahn* in Erinnerung gerufen.<sup>96</sup> Seinen Grund soll das darin finden, dass der Vorbehalt des Gesetzes mit der Forderung nach einer hohen materiell-rechtlichen Regelungsdichte und dem korrespondierenden Verbot, bestimmte Entscheidungen an die Exekutive zu delegieren, gerade den Gesetzgeber selbst beschränkt.<sup>97</sup> Den Zweck des Vorbehaltsgrundsatzes in der Sicherung eines hinreichenden Legitimationsniveaus

<sup>92</sup> D. Wolff/P. Zimmermann, JURA 2022, S. 18 (20).

<sup>93</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 165; H. Kube, NVwZ 2003, S. 57 (59); F. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 34; J. Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsverbot, 1986, S. 164; für eine Abstützung des Gesetzesvorbehalts (auch) im Grundsatz demokratischer Legitimation auch C. D. Classen, JZ 2003, S. 693 (695); W. Hoffmann-Riem, AöR 130 (2005), S. 5 (10); M. Kloepfer, JZ 1984, S. 685 (694); C. Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 188; H. Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 26ff.; siehe auch M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 309f.; ausführlich, aber kritisch P. Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 353 ff.

<sup>94</sup> In diesem Sinne etwa die Deutung der Wesentlichkeitslehre bei U. Haltern/F. C. Mayer/C. Möllers, Die Verwaltung 30 (1997), S. 51 (54).

<sup>95</sup> Vgl. E. W. Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 15; B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 85 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 119f.; ferner C. Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 84.

<sup>96</sup> Eingehend P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 101 ff., 113 ff. sowie speziell in Bezug auf den Gesetzesvorbehalt ebd., S. 122 f. unter Berufung auf B. Schlink, Die Amtshilfe, 1982, S. 132; ihm insoweit folgend J. Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 170 ff.

<sup>97</sup> P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 122 f.; siehe auch M. Kloepfer, JZ 1984, S. 685 (690): „Die Wesentlichkeitstheorie schützt das Parlament gewissermaßen vor sich selbst“; anknüpfend an diesen auch T. Barczak, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 20.

zu sehen, beruhe angesichts dessen auf der paradoxen Vorstellung, dass sich die demokratische Legitimationswirkung parlamentarischer Entscheidungen erhöhen lasse, indem man die Entscheidungsspielräume des Parlaments verenge<sup>98</sup> – und dies zudem unter Verweis auf Kriterien, über die letztlich das weder direkt gewählte noch demokratisch verantwortliche BVerfG entscheide.<sup>99</sup> Nehme man die erhöhte demokratische Legitimation des Parlaments ernst, müsse die Entscheidung, welche Regelungen unmittelbar vom Parlament getroffen werden müssen, hingegen diesem selbst überlassen bleiben.<sup>100</sup> Bei genauer Betrachtung richtet sich diese Kritik freilich eher gegen die auf das Demokratieprinzip gestützte Begründung der Wesentlichkeitslehre und nicht in erster Linie gegen die These, dass der Vorbehalt des Gesetzes in seiner vom BVerfG entwickelten Form der Sicherstellung eines demokratisch ausreichenden Legitimationsniveaus dient. Denn zählt man den Vorbehaltsgrundsatz zum geltenden Verfassungsrecht, kommt man trotz der skizzierten Begründungsparadoxien nicht umhin, anzuerkennen, dass das Gebot, alles Wesentliche in Form formeller Gesetze zu entscheiden, den dem Parlament vorbehaltenen Sachentscheidungen – jedenfalls in der Logik der Legitimationsketten – ein Legitimationsniveau sichert, das sich von demjenigen delegierter Verwaltungsentscheidungen gerade deshalb positiv abhebt, weil die entsprechenden Parlamentsentscheidungen auch dann eine besondere Nähe zum Wahlakt aufweisen, wenn das Parlament es eigentlich vorgezogen hätte, die fraglichen Entscheidungen an die Verwaltung zu übertragen. Dass der Vorbehalt des Gesetzes dem Ziel demokratischer Legitimationssicherung dient, stellen die monierten Widersprüchlichkeiten daher jedenfalls innerhalb der Logik der Legitimationsketten nicht in Frage.

Ungeachtet dessen führt das BVerfG die demokratische Zwecksetzung des Gesetzesvorbehalts allerdings überhaupt nicht auf die Nähe zwischen Parlamentsentscheidung und Volkswillen zurück. Vielmehr sieht es die demokratische Anlage des Gesetzesvorbehalts darin, dass formelle Gesetze „aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären.“<sup>101</sup> Was das BVerfG damit zumindest in groben Umrissen andeutet, wird im Schrifttum mitunter deutlich ausgesprochen: Auch aus der Perspektive des Demokratieprinzips besteht der Sinn des Parlamentsvorbehalts darin, durch die Rückbindung an die Besonderheiten des parlamentarischen Verfahrens da-

---

<sup>98</sup> U. M. Gassner, ZG 11 (1996), S. 37 (48); P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 122; F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 58.

<sup>99</sup> P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 122 f.

<sup>100</sup> P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 123.

<sup>101</sup> BVerfGE 157, 30 (172); 150, 1 (96); ebenso auch BVerfG, Beschl. v. 21.07.2022 – 1 BvR 469/20 –, Rn. 95; fast wortgleich auch BVerfGE 139, 19 (46).



für Sorge zu tragen, „daß entscheidungserhebliche Gesichtspunkte erkannt und berücksichtigt werden und daß ein gerechter Ausgleich zwischen divergierenden Interessen gefunden wird“. <sup>102</sup> In der so formulierten demokratischen Deutung des Vorbehaltsgrundsatzes finden sich selbst scharfe Kritiker der herkömmlichen Lesart des Gesetzesvorbehalts wieder. <sup>103</sup>

Wo der Vorbehalt des Gesetzes schließlich in Anlehnung an seine ursprüngliche Funktion als Instrument gesellschaftlicher Freiheitssicherung verstanden wird, wird sein Zweck darin gesehen, einen vorgelagerten Grundrechtsschutz zu gewährleisten. <sup>104</sup> Dass die Wesentlichkeitslehre dem Vorbehaltsgrundsatz gerade auch jenseits des grundrechtlichen Bereichs Geltung zu verschaffen beansprucht, <sup>105</sup> lässt sich mit der (exklusiven) Fundierung in den Grundrechten zwar nicht abbilden. Und auch die Äußerungen des BVerfG lassen vermuten, dass es die speziellen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte lediglich als Erscheinungsform eines allgemeineren Grundsatzes versteht, der eben nicht auf sie begrenzt ist. Doch mag man über diese Einwände hier schon deshalb hinwegsehen, weil der Sinn des Vorbehalts des Gesetzes selbst in seiner grundrechtlichen Deutung in genau den Aspekten gesehen wird, die schon aus rechtsstaatlicher und demokratischer Perspektive betont wurden: Indem der Vorbehaltsgrundsatz die zu regelnden Fragen aus dem arkanen Regierungsbereich in die Parlamentsöffentlichkeit überführt, ermöglicht er es, das Für und Wider einer Regelung auch unter Einbeziehung und Kontrolle der Opposition und allgemeinen Öffentlichkeit eingehend zu erörtern. Seinem Zweck nach leistet er damit eine Sicherung dafür, dass „alle relevanten Gesichtspunkte in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, um so zu einem möglichst gerechten und grundrechtsschonenden Ausgleich zwischen divergierenden Interessen“ zu gelangen. <sup>106</sup>

<sup>102</sup> C.-E. Eberle, DÖV 1984, S. 485 (489f.); ebenso T. Barczak, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 17; D. Wolff/P. Zimmermann, JURA 2022, S. 18 (20).

<sup>103</sup> Selbst P. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 139ff., der den Vorbehalt des Gesetzes als Instrument zum Schutz des Parlaments versteht, verweist dabei in erster Linie auf die Vorzüge des parlamentarischen Prozesses, die auch die auf das Demokratieprinzip und den Gewaltenteilungsgrundsatz gestützte Lesart betonen: Die höhere Wahrscheinlichkeit, die betroffenen Interessen einzubeziehen, Gegenargumente umfassend zu verarbeiten, und die geringere Gefahr, im Eifer des Gefechts unausgewogene Entscheidungen zu treffen (siehe insbes. ebd., S. 160, 167).

<sup>104</sup> Dazu C. Burkiczak, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 2011, S. 129; in diese Richtung etwa F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRI, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 32, 46; siehe auch T. Barczak, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 12, 14; ferner U. Di Fabio, JZ 1993, S. 689 (691): „vorverlagerte Verteidigungslinie der Grundrechte als Abwehrrechte“; G. Kirchhof, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 4 Rn. 4.

<sup>105</sup> Insofern deutlich BVerfGE 95, 267 (307): „Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich nicht in der Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe“.

<sup>106</sup> So aus der Perspektive des grundrechtsgestützten Vorbehaltsgrundsatzes T. Barczak,

In weiten Teilen liegen rechtstaatliche, demokratische und freiheitsrechtliche Begründung des Gesetzesvorbehalts demnach durchaus dicht beieinander. Im Hinblick auf einen Zweck des Gesetzesvorbehalts jedenfalls sind sie sich einig: Er führt Entscheidungen eben deshalb auf das parlamentarische Verfahren zurück, weil dieses in besonderer Weise verspricht, über die Ermöglichung einer öffentlichen Debatte für einen angemessenen Ausgleich aller betroffenen Rechte und Interessen zu sorgen und die Entscheidung der Exekutive eben hierdurch zu begrenzen. Dass er mit der Forderung hinreichend dichter parlamentsgesetzlicher Vorgaben bestimmte Entscheidungen der exklusiven Zuständigkeit des Parlaments vorbehält, dient darüber hinaus zugleich dem Zweck, den vorbehaltenen Entscheidungen über die unmittelbare Rückbindung an die demokratisch direkt gewählte Volksvertretung ein hinreichendes Legitimationsniveau zu sichern.

*b) Tatsächliche Voraussetzungen: Die Zweckförderung durch Verfahren*

Der Gradmesser dafür, inwieweit sich die gesetzliche Ausgestaltung staatlicher Entscheidungsverfahren in der Gesetzesvorbehaltsdogmatik berücksichtigen lässt, steht damit fest: Verfahrensanforderungen, denen es gelingt, für die möglichst umfassende Einbeziehung aller entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte zu sorgen und diese einem angemessenen und schonenden Ausgleich zuzuführen (dazu lit. aa), haben in ihr ebenso einen Platz wie solche, die sicherstellen, dass sich die gesetzesanwendenden Entscheidungen möglichst unmittelbar auf einen Parlamentsbeschluss zurückführen lassen (dazu lit. bb). Spiegelt man diese Zwecke an den Funktionen, die die oben skizzierten kompensatorischen Verfahrenspflichten auszufüllen beanspruchen, so rückt das – anknüpfend an die oben entwickelte Kategorisierung – vor allem deren Kontroll-, Steuerungs- und Begrenzungsfunktion in den Fokus, aber auch Einzelaspekte ihrer Legitimationsfunktion geben Aufschluss darüber, inwiefern sie zur Erreichung der genannten Zwecke beitragen.<sup>107</sup>

*aa) Interessenausgleich durch Verfahren*

Um dem meist unter dem Topos Grundrechtsschutz durch Verfahren firmierenden Anliegen gerecht zu werden, durch prozedurale Sicherungen eine vollständige Einbeziehung und einen schonenden Ausgleich der divergierenden Interessen zu gewährleisten, kann die Kompensationsdiskussion in erster Linie auf

---

in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 17; andeutungsweise ebenfalls in diese Richtung F. Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 32: „Gesetzesvorbehalte sichern der jeweiligen Entscheidung [...] die Vorzüge des parlamentarischen Verfahrens mit seinen Publizitäts- und Rationalitätsanforderungen“.

<sup>107</sup> Vgl. zu diesen Funktionen oben § 3 III 1 a), b), d), 3 und § 3 III 2 a), b), d), e).

Ermittlungs- und Bewertungspflichten sowie auf Begründungspflichten bauen. Aber auch Dokumentationspflichten und die Einbindung der betroffenen Öffentlichkeit können unter bestimmten Umständen einen begrenzten Beitrag hierzu leisten. Da all das oben bereits ausführlich dargestellt wurde,<sup>108</sup> genügt es, hier die Wesentlichen Ergebnisse kurz in Erinnerung zu rufen.

Zu diesen Ergebnissen zählt es, dass Ermittlungspflichten die Grundlage für einen schonenden Ausgleich der widerstreitenden Belange schaffen, indem sie die Identifikation der von einer Entscheidung betroffenen Freiheitsansprüche, der von ihr berührten Interessen und der tatsächlichen Umstände, die für deren Beurteilung relevant sind, zur eigenständig durchsetzbaren Rechtspflicht erheben. Hat ein Entscheidungsträger sich die einschlägigen Belange einmal erarbeitet, legt der aus der psychologischen Forschung bekannte Befund, dass Menschen Informationen nur schwerlich ausblenden können, es nahe, dass die ermittelten Umstände auch in der Entscheidung verarbeitet werden.<sup>109</sup> Die empirische Forschung zur Wirkung formalisierter Verhältnismäßigkeitsanalysen bestätigt insofern, dass die Pflicht, die erhobenen Belange im Rahmen einer Bewertung gegeneinander zu gewichten, deren Einbeziehung zusätzlich begünstigt. Gerade in ihrem Zusammenwirken fördern Ermittlungs- und Bewertungspflichten demnach, dass alle relevanten tatsächlichen und rechtlichen Umstände in die Entscheidungsfindung integriert werden.<sup>110</sup> Dokumentationspflichten können eben diese Einbeziehung der verfügbaren Informationen nachweislich unterstützen, und zwar insbesondere dann, wenn angesichts der Vielzahl einzubeziehender Faktoren oder der Dauer eines Entscheidungsverfahrens die Gefahr besteht, manche Informationen unbeabsichtigt zu übergehen.<sup>111</sup>

Wie gesehen, gilt das für Begründungspflichten in noch stärkerem Maße.<sup>112</sup> Nicht nur tragen sie, indem sie sich begünstigend auf Sorgfalt und Umfang der Tatsachenermittlung auswirken, dazu bei, dass bei der Entscheidungsfindung alle relevanten Gesichtspunkte bekannt sind. Auch führt die Erwartung, Gründe für eine Entscheidung angeben zu müssen, erwiesenermaßen dazu, dass die Entscheidungsträger die verfügbaren Informationen besser im Bewusstsein behalten, aufmerksamer verarbeiten und zudem einen größeren Teil davon tatsächlich in ihre Entscheidungen einbeziehen.<sup>113</sup> Auch befördern Begründungspflichten nachweislich die wertende und abwägende Auseinandersetzung mit

<sup>108</sup> Siehe oben § 4 II 3, II 4, II 5.

<sup>109</sup> Oben § 4 II 3.

<sup>110</sup> Oben § 4 II 3.

<sup>111</sup> Oben § 4 II 5 b) aa).

<sup>112</sup> Zum Folgenden oben § 4 II 5 b) bb).

<sup>113</sup> *P. E. Tetlock/R. Boettger*, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (388, 392); *J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (569f.); *J. S. Lerner/P. E. Tetlock*, *Psychological Bulletin* 125 (1999), S. 255 (265, 270).

den einander widerstreitenden Gesichtspunkten, beugen auf diese Weise „Schnellschüssen“ vor und wirken schließlich auch dem Einfluss sachfremder Entscheidungsfaktoren entgegen, indem sie unbewusste Entscheidungsverzerrungen teilweise neutralisieren.<sup>114</sup> Wie die psychologische Forschung belegt, haben Begründungspflichten aufgrund all dessen auch einen zügelnden Effekt auf das Ergebnis der Entscheidung: Wenn die einzubeziehenden Belange nicht alle für dieselbe Entscheidungsoption sprechen, fallen begründungspflichtige Entscheidungen weniger extrem aus als Entscheidungen, deren Autoren niemandem Rechenschaft schuldig sind.<sup>115</sup> Gerade insofern tragen sie dazu bei, dass alle entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte auch zur Geltung kommen.

Die Einbindung der betroffenen Öffentlichkeit in das Entscheidungsverfahren kann schließlich als Ergänzung behördeneigener Ermittlungspflichten dazu beitragen, dass den Entscheidungsträgern wirklich alle betroffenen Belange zur Kenntnis gelangen.<sup>116</sup> Und sofern die Betroffenen mitentscheidend in das Verfahren einbezogen werden, fördert dies auch die Berücksichtigung der von ihnen eingebrachten Aspekte.<sup>117</sup>

Gerade in Kombination halten die skizzierten Verfahrensanforderungen demnach ihr Versprechen: Jedenfalls die vollständige Einbeziehung der entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte können sie absichern. Und auch wenn es im Hinblick auf das Ziel, die divergierenden Interessen einem schonenden oder möglichst gerechten Ausgleich zuzuführen, an einem klaren materiell-rechtlichen Maßstab fehlt,<sup>118</sup> lässt sich über die Bindung an Begründungserfordernisse doch zumindest darauf hinwirken, dass der Einfluss sachfremder Erwägungen geringgehalten und extreme Einseitigkeiten der Entscheidungsergebnisse vermieden werden.

### *bb) Entscheidungszurechnung durch Verfahren*

Die vom Vorbehalt des Gesetzes aus Legitimationsgründen intendierte Verknüpfung von Behördenentscheidung und Parlamentswillen lässt sich – das ist schon auf den ersten Blick leicht zu erkennen – über Verfahrensanforderungen hingegen nur auf vergleichsweise diffuse Weise garantieren.<sup>119</sup> Während das materielle Recht durch klare inhaltsbezogene Vorgaben die Verwaltungstätigkeit idealtypischerweise so punktgenau steuern kann, dass für Zweifel am Zurech-

<sup>114</sup> Überblick dazu bereits oben § 4 II 5 b) bb) (1).

<sup>115</sup> P. E. Tetlock/R. Boettger, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388 (392); siehe auch J. S. Lerner/J. H. Goldberg/P. E. Tetlock, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563 (569f.).

<sup>116</sup> Dazu oben § 4 II 4.

<sup>117</sup> Oben § 4 II 4.

<sup>118</sup> Zu diesem Problem bereits oben § 4 II 1 b).

<sup>119</sup> F. Gonsior, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 224.

nungszusammenhang zwischen Behördenentscheidung und Parlamentsbeschluss kein Raum bleibt, lässt die Steuerung und Begrenzung durch Anforderungen an das Entscheidungsverfahren doch regelmäßig so große Spielräume, dass die sachlich-inhaltliche Legitimationskette an Tragfähigkeit verliert. Das belegen gerade auch die oben skizzierten Befunde zu Steuerungs- und Begrenzungsleistung kompensatorischer Verfahrensanforderungen.<sup>120</sup> Zwar wird zuweilen angenommen, das Parlament könne über Beobachtungs- und Überprüfungspflichten unmittelbar steuernd auf die Verwaltung einwirken, weil die durch sie institutionalisierte Nachkontrolle dafür Gewähr leiste, dass gesetzgeberische Zielvorgaben auch wirklich erreicht werden und die Entscheidungen der Verwaltung auch im Lichte gewandelter Sachlagen oder Wissensbestände den gesetzgeberischen Intentionen entsprechen. Doch wie sich oben gezeigt hat, lassen sowohl die psychologische als auch die verhaltensökonomische Forschung Zweifel daran aufkommen, dass sich Beobachtungspflichten insofern tatsächlich als wirksames Instrument erweisen.<sup>121</sup>

Etwas mehr Ertrag für die Rückbindung der Verwaltung an die Entscheidung der Gesetzgebungsorgane versprechen insofern Begründungspflichten. Sie ermöglichen es der Legislative, insofern lenkend auf die Entscheidungen der nachgeordneten Rechtsanwender einzuwirken, als sie nachweislich dazu führen, dass sich deren tatsächlicher Entscheidungskorridor verengt. Auch ohne inhaltliche Festlegungen verhindern Begründungspflichten extreme Ergebnisse, indem sie die Einbeziehung gegenläufiger Belange begünstigen und so zu stärker ausgewogenen Entscheidungen führen.<sup>122</sup> Freilich bleibt dieser Begrenzungs- und Steuerungseffekt nicht nur in seiner Intensität hinter klaren inhaltlichen Vorgaben zurück, auch sind sein Ausmaß und Inhalt aus Sicht der Gesetzgebungsorgane kaum vorherzusehen, so dass auch Begründungspflichten eine allenfalls schwache und diffuse Zurechnungskette zum Parlament herstellen.

Zumindest zu einem gewissen Grad zur legitimatorischen Rückbindung an Volkswillen, Wahlakt und Parlament beitragen können schließlich allerdings Verfahrensvorgaben, die der Verwaltung aufgeben, Parlamenten oder parlamentarischen Kontrollgremien über ihre Tätigkeit Bericht zu erstatten.<sup>123</sup> Derartige Berichtspflichten ermöglichen es dem Parlament, ja drängen es geradezu dazu, sich zu den berichteten Entscheidungen zu verhalten, gegebenenfalls durch gesetzgeberische Nachsteuerung einzugreifen oder andernfalls durch stillschweigende Akzeptanz die Verantwortung für die Fortführung der entsprechenden Verwaltungspraxis zu übernehmen. Anders als hinreichend bestimmte materiell-rechtliche Gesetzesdirektiven erreichen Berichtspflichten

---

<sup>120</sup> Oben § 4 I, III.

<sup>121</sup> Siehe dazu oben § 4 I 3, insbes. c) und d).

<sup>122</sup> Dazu oben § 4 III 5.

<sup>123</sup> Dazu sowie zu den Grenzen bereits oben § 4 VII 3.

ihren Rückbindungseffekt allerdings in erster Linie durch eine nachlaufende Verantwortungsübernahme; auch dürfte der Versuch, über sie eine flächendeckende Zurechnung sicherzustellen, in der Praxis deshalb an Grenzen stoßen, weil die Vielzahl materiell-rechtlich nur offen programmierter Verwaltungsentscheidungen eine kaum zu bewältigende Flut an Berichtsvorgängen zur Folge haben müsste.

Insgesamt lässt sich demnach festhalten: Zur Rückbindung von Verwaltungsentscheidungen an Parlament und Wahlakt können zwar auch Verfahrensvorgaben beitragen, doch bleibt ihre Leistungsfähigkeit insofern hinter derjenigen materiell-rechtlicher Gesetzesbestimmungen zurück.

### *cc) Ergebnis*

Die hinter dem Vorbehalt des Gesetzes stehenden Zwecke lassen sich prozedural demnach nur im Zusammenwirken mehrerer Verfahrensinstrumente absichern. Während Ermittlungspflichten und die Einbindung Betroffener oder der allgemeinen Öffentlichkeit dazu beitragen können, dass alle entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte bekannt sind, fördern Bewertungs-, Dokumentations- aber vor allem Begründungspflichten deren Einbeziehung in die Entscheidungsfindung. Begründungspflichten vermögen darüber hinaus dazu beizutragen, dass die betroffenen Interessen ausgewogen berücksichtigt werden. Zur legitimatorischen Rückbindung an Parlament und Wahlakt können neben Begründungspflichten vor allem auch Berichtspflichten beitragen. Doch bleibt die Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten gerade im Hinblick auf den Zurechnungszusammenhang von Parlament und Verwaltungsentscheidung vergleichsweise gering. Obgleich diese Leistungsgrenzen des Verfahrens keinesfalls ausgeblendet werden dürfen, so bleibt der grundsätzliche Befund doch positiv: Sofern Verwaltungsentscheidungen an die skizzierten Verfahrensanforderungen gebunden werden, kann und muss dies auch im Rahmen der Gesetzesvorbehaltsdogmatik Berücksichtigung finden.

### *c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensationen*

Dass der Gesetzesvorbehalt demnach auch die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens nicht ausblenden darf, provoziert aus dogmatischer Perspektive auch hier die Anschlussfrage: Wie genau lässt sich die Tatsache, dass der Staat bei der Findung einer Entscheidung an die besprochenen Verfahrenspflichten gebunden ist, in Struktur und Dogmatik des Gesetzesvorbehalts integrieren? Die schon für den Bestimmtheitsgrundsatz gestellte Diagnose, dass selbst die Befürworter einer entsprechenden Prozeduralisierung hierauf bislang lediglich vage Antworten geben, trifft auch für den Gesetzesvorbehalt zu. Selbst die eingehende Analyse von *Karl-Heinz Ladeur* und *Tobias Gostomzyk* beschränkt

sich insofern auf den Vorschlag, das „Grundkonzept der Wesentlichkeitstheorie, der Gesetzgeber müsse alles ‚Wesentliche‘ selbst regeln, [...] formal bei[zu]-behalten, aber in materiell-rechtlicher Dimension [zu] reduzier[en]“.<sup>124</sup> Wie das genau gelingt, bleibt dabei offen. Denkbar scheinen dabei erneut die drei Wege, die bereits in der Auseinandersetzung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz erkennbar wurden:<sup>125</sup> Die Gewährleistungslösung, die die Ausgestaltung des Verfahrens als einen die Wesentlichkeit einer Regelung bestimmenden und damit auch über die erforderliche Regelungsdichte entscheidenden Abwägungsfaktor begreift; die Rechtsfertigungslösung, die die prozedurale Einbindung einer Entscheidung als normativen Grund für die Nicht-Erfüllung der vorbehaltsspezifischen Bestimmtheitsanforderungen konzipiert; und die Erfüllungslösung, die Verfahrensanforderungen, die zur Erfüllung der vom Gesetzesvorbehalt verfolgten Zwecke beitragen, als alternativen Erfüllungsmodus, ja als Leistung an Erfüllung statt begreift und dem Gesetzgeber daher eine Ersetzungsbefugnis einräumt. Die insofern bereits bekannten Argumente tragen auch hier: Die Gewährleistungslösung kann nicht erklären, weshalb eine Verfahrensausgestaltung, die genau das erreicht, was der Gesetzesvorbehalt intendiert, lediglich einen Abwägungsfaktor bilden soll, der sich auf die Anforderungen an die materielle Regelungsdichte nur dann vermindern auswirkt, wenn er nicht von einem anderen wesentlichkeitsrelevanten Gesichtspunkt überwogen wird. Und die Rechtfertigungslösung verkennt, dass es im Verhältnis zwischen Gesetzesvorbehalt und den Verfahrensanforderungen, die dessen Mindererfüllung ausgleichen sollen, an dem für Rechtfertigungskonstellationen typischen Zielkonflikt fehlt. Angesichts dessen ist die Kompensationswirkung der besagten Verfahrensanforderungen auch in der Dogmatik des Gesetzesvorbehalts am besten dadurch abzubilden, dass man jene als alternativen Erfüllungsmodus konzipiert. Weil und insoweit sie die Zwecke des Gesetzesvorbehalts auf prozedurale Weise verwirklichen, lässt sich – um erneut Anleihen beim Privatrecht zu nehmen – der durch den Gesetzesvorbehalt formulierte Anspruch auf eine gesetzliche Regelung von hinreichender Regelungsdichte auch durch eine entsprechende Verfahrensausgestaltung zum Erlöschen bringen. Wenn etwa *Udo Di Fabio* formuliert, es bedürfe einer „Kontextualisierung der Anforderungen an die *Erfüllung* des Gesetzesvorbehalts“, dem eben nicht mehr nur durch „Einzelingriffsermächtigungen *genügt* [werden könne], sondern [auch] durch ein abgestimmtes Normsystem, bestehend aus Abwägungsdirektiven, Organisations- und Verfahrensvorschriften“,<sup>126</sup> dürfte darin eben diese Erfüllungslösung bereits anklingen.<sup>127</sup> Soweit das Verfahren geeignet ist, die Zwecke des

<sup>124</sup> K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk, Die Verwaltung 36 (2003), S. 141 (162).

<sup>125</sup> Siehe oben § 6 II 4 c).

<sup>126</sup> U. Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 465 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>127</sup> In diese Richtung wohl auch A. Scherzberg, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (257), der kon-

Gesetzesvorbehalts zu verwirklichen, steht dem Gesetzgeber angesichts dessen ein Wahlrecht zu, eine – in zivilrechtlicher Terminologie – Ersetzungsbefugnis, die es ihm erlaubt, statt inhaltlicher Gesetzesvorgaben mit hinreichender Regelungsdichte geeignete Anforderungen an das Entscheidungsverfahren zu formulieren.

### 5. Interne Grenzen der Prozeduralisierung

An interne, d.h. durch den Gesetzesvorbehalt selbst gezogene Grenzen stößt diese Möglichkeit, auf hinreichend dichte materiell-rechtliche Vorgaben zu verzichten und an deren Stellen entsprechende Verfahrensvorgaben vorzusehen, freilich dann – aber auch nur dann – wenn die verbliebenen materiell-rechtlichen Gesetzesvorgaben und die sie ergänzenden Verfahrensanforderungen in ihrem Zusammenwirken nicht mehr hinreichen, um sicherzustellen, dass die Zwecke des Gesetzesvorbehalts in dem vom Grundgesetz geforderten Maß erreicht werden. Was so zunächst nach einfacher Verfassungsarithmetik klingt, stellt in der Umsetzung allerdings vor kaum zu übersehende Schwierigkeiten, weil mit dem Kriterium „hinreichender“ Regelungsdichte schon der Zielzustand keinesfalls eindeutig umschrieben ist und sich die Beiträge, die Verfahren und materielles Recht zu dessen Verwirklichung leisten, auch am Maßstab der Zwecke des Gesetzesvorbehalts nicht numerisch klar beziffern lassen. Die dem Gesetzesvorbehalt immanenten Grenzen zulässiger Kompensationen zu definieren, bleibt demnach eine anspruchsvolle und auf allgemeiner Ebene wohl unlösbare Wertungsaufgabe – eine Wertungsaufgabe allerdings, die der Wesentlichkeitslehre auch in ihrer rein materiell-rechtlichen Lesart keinesfalls neu ist. Bereits sie muss im Rahmen der Bestimmung der Wesentlichkeit unterschiedliche Faktoren in ein angemessenes Verhältnis zueinander setzen,<sup>128</sup> und bereits sie kann das so ermittelte Niveau hinreichender Regelungsdichte nicht so klar beschreiben, dass sich die Subsumtion unter den Gesetzesvorbehalt als einfacher Abgleich von Soll- und Istzustand darstellte. Dass sich die Grenzen der Prozeduralisierung des Gesetzesvorbehalts demnach auf allgemeiner Ebene

---

statiert, der Gesetzesvorbehalt wandle sich „von einem Prinzip begrenzter Eingriffsermächtigung zu einem Gebot normativer Qualitätssicherung durch inhaltliche, prozedurale und organisationelle Steuerung“, womit das Recht die Forderung nach inhaltlich fest umschriebenen Tatbeständen aufbehalte. Jedenfalls mit einer Rechtfertigungslösung wäre der letzte Teil dieser Äußerung nicht zu vereinbaren.

<sup>128</sup> Vgl. dazu die Kriterienkataloge bei *B. Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S. 51 ff.; *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. VI Rn. 107 (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022); *W. Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 491 ff.; *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVWR I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 48; *C. Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 119 f.; *J. Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 238 ff.



nicht klar bestimmen lassen, spricht angesichts dessen nicht grundsätzlich gegen die Berücksichtigung der Verfahrensausgestaltung. Immerhin geben die empirischen Befunde und Überlegungen zur Leistungsfähigkeit der skizzierten Verfahrensanforderungen grobe Anhaltspunkte für die erforderliche Wertung: Sie zeigen, dass sich Verfahrensanforderungen im Hinblick auf die umfassende Einbeziehung und angemessene Berücksichtigung der divergierenden Belange als durchaus effektiv erweisen können, aber nur eine verhältnismäßig schwache Rückbindung zwischen Verwaltungsentscheidung und Parlamentsbeschluss gewährleisten. Hält man streng am etablierten Legitimationskettenmodell fest, bleibt für die Kompensation von Regelungsdichtedefiziten daher nur ein relativ begrenzter Raum.<sup>129</sup> Aus Sicht des Gesetzesvorbehalts darf das Verfahren daher nur geringe Unterschreitungen der von ihm eigentlich geforderten hinreichenden materiell-rechtlichen Regelungsdichte kompensieren.<sup>130</sup>

## 6. Ergebnis

Das Gesamtbild, das sich aus all dem ergibt, lässt sich wie folgt zusammenfassen: Kompensationslagen, die daraus resultieren, dass materielle Gesetzesbestimmungen hinter der vom Gesetzesvorbehalt geforderten hinreichenden Regelungsdichte zurückbleiben, dürfen auch im Lichte des Gesetzesvorbehalts durch Verfahrensanforderungen ausgeglichen werden. Den Maßstab für Möglichkeit und Grenzen der entsprechenden Ersetzungsbefugnis des Gesetzgebers bilden die Zwecke, die der Gesetzesvorbehalt verfolgt. Da sich diese im Verfahrenswege nur im Zusammenwirken unterschiedlicher prozeduraler Anforderungen erreichen lassen, hängt die Zulässigkeit entsprechender Kompensationen davon ab, dass die Entscheidungsfindung mindestens an Ermittlungs- und Bewertungspflichten sowie Begründungs- und Berichtspflichten gekoppelt wird. Eine Vollkompensation kommt indes selbst dann nicht in Betracht, weil die Leistungsfähigkeit des Verfahrens vor allem im Hinblick auf die Rückbindung von Verwaltungsentscheidungen an Parlament und Wahlakt hinter den Möglichkeiten materiell-rechtlicher Vorgaben deutlich zurückbleibt.

---

<sup>129</sup> Ob das BVerfG das tatsächlich tut, erscheint angesichts der Tatsache, dass es den Sinn des Gesetzesvorbehalts nicht über die Rückbindung von Verwaltungsentscheidung und Wahlentscheidung beschreibt, sondern stattdessen auf die Vorzüge des parlamentarischen Verfahrens abstellt, keinesfalls eindeutig. Dass es insofern stattdessen die Aspekte der Öffentlichkeit und der diskursiven Auseinandersetzung betont (siehe etwa BVerfGE 157, 30 [172]; 150, 1 [96]; 139, 19 [46]), rückt das zugrundeliegende Demokratieverständnis in die Nähe deliberativer Ansätze, siehe zu diesen oben § 4 VII 1 d).

<sup>130</sup> Im Ergebnis wohl ebenfalls in diese Richtung weisend BVerfGE 110, 33 (68) sowie, mit noch kritischerer Tendenz, E. Gurlit, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 109 Rn. 7.

#### IV. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – oder: Gerichtsschutz durch Verwaltungsverfahren?

In all den Fällen, in denen das materielle Recht deshalb des Ausgleichs bedarf, weil es den Umfang des gerichtlichen Rechtsschutzes oder die Zugangsmöglichkeiten zu diesem in rechtswidriger Weise einschränkt, entscheidet schließlich auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG über Zulässigkeit und Grenzen der Kompensation durch Verfahren. Den Versuch, weitreichende Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung durch ergänzende Verfahrensanforderungen auszugleichen, betrifft das ebenso wie denjenigen, durch Verfahrensvorkehrungen zu kompensieren, dass die besonderen Charakteristika staatlicher Maßnahmen (etwa die Heimlichkeit staatlicher Informationserhebungen) es faktisch ausschließen, sich gerichtlich gegen sie zur Wehr zu setzen, oder sogar das Recht selbst die Möglichkeiten einschränkt, im Gerichtswege effektiv gegen bestimmte staatliche Entscheidungen vorzugehen.<sup>131</sup> Sofern der Rechtsschutz in diesen Konstellationen hinter die Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zurückfällt und daher auf einen Ausgleich angewiesen ist,<sup>132</sup> gerät die Strategie, diesen Ausgleich durch Verfahren zu bewirken, im Lichte der Rechtsschutzgarantie dann an die Grenzen ihrer rechtliche Zulässigkeit, wenn es den mit dem Ausgleich bedachten Verfahrensanforderungen nicht gelingt, das durch die auszugleichenden Rechtsschutzeinschränkungen begründete Rechtswidrigkeitsurteil zu beseitigen. Wie im Rahmen der Auseinandersetzung mit Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt bereits gesehen, kann das zwei Gründe haben: So setzt die Zulässigkeit eines entsprechenden Rechtswidrigkeitsausgleichs in rechtlicher Hinsicht voraus, dass die Rechtsschutzgarantie überhaupt offen dafür ist, ihre normativen Urteile deshalb zu überdenken, weil das (behördliche) Entscheidungsverfahren auf eine bestimmte Weise ausgestaltet ist. In tatsächlicher Hinsicht verlangt sie hingegen, dass aus dem Kanon der Verfahrensgestaltungen mit Kompensationsanspruch zumindest manche den Anforderungen genügen, von denen Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eine entsprechende Berücksichtigung abhängig macht. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so besteht die Rechtswidrigkeit der Ausgangssituation trotz der ergänzenden Verfahrensvorkehrungen fort und die Kompensation erweist sich schon deshalb als unzulässig.

Ausgehend von diesen Überlegungen loten die folgenden Betrachtungen die Grenzen aus, die Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen zieht. Ein erneuter Blick auf den Gewährleistungsgehalt des Art. 19

<sup>131</sup> Siehe zu diesen Konstellationen oben § 5 IV 2, IV 3.

<sup>132</sup> Wie oben gesehen, ist das freilich im Einzelfall sorgfältig zu prüfen und darf keinesfalls allgemein unterstellt werden, siehe insbes. oben § 5 IV 4 a) bb), IV 4 a) cc), IV 4 b) cc); zu den allgemeinen Maßstäben erneut § 5 IV 2, IV 3.

Abs. 4 S. 1 GG (dazu 1.) zeigt dabei recht schnell, dass die Rechtsschutzgarantie sich für die Berücksichtigung der Ausgestaltung des behördlichen Entscheidungsverfahrens als weit weniger flexibel erweist als Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt (dazu 2.). Im Schrifttum sind die Ansätze, die sich um eine dogmatische Begründung dafür bemühen, dass auch Rechtsschutzdefizite durch behördliche Entscheidungsverfahren ausgeglichen werden können, denn auch Einzelfälle geblieben (dazu 3.). Auch wenn sich mit ihnen ein kleines Panorama möglicher Lösungsansätze skizzieren lässt, zu überzeugen vermögen sie nicht. Denn bei Lichte besehen erweist sich Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als zu eng, um ihn für die Berücksichtigung behördlicher Entscheidungsverfahren zu öffnen (dazu lit. 4.).

### 1. Rekapitulation: Der garantierte Rechtsweg i. S. d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

Wenn Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG formuliert, es stehe jedem, der plausibel darlegen kann, durch eine staatliche Maßnahme in seinen Rechten verletzt worden zu sein, der „Rechtsweg offen“, garantiert er damit zunächst, dass die Inhaberin des als verletzt gerügten Rechts die besagte Maßnahme einer umfassenden rechtlichen Überprüfung zuführen kann. Er verbürgt damit eine Rechtskontrolle, die die angegriffene staatliche Maßnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht grundsätzlich vollständig nachprüft.<sup>133</sup> Institutionell betraut Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG mit dieser Rechtskontrolle die Gerichte, genauer: staatliche Gerichte,<sup>134</sup> deren Richter als „Unbeteiligte [...] in sachlicher und grundsätzlich auch persönlicher Unabhängigkeit“<sup>135</sup>, aber in Bindung an das Recht und in einem rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügenden Verfahren (insbes. Gewähr von rechtlichem Gehör, Waffengleichheit und Verfahrensfairness)<sup>136</sup> über ein ihnen unterbreitetes Rechtsschutzbegehren entscheiden.

<sup>133</sup> BVerfGE 103, 142 (156); W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 571, 651 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); F. Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 258.

<sup>134</sup> Zum entsprechenden Ausschluss privater (Schieds-)Gerichte D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 209 ff.; W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 227 f. (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 177 (Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020).

<sup>135</sup> W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 219 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

<sup>136</sup> W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 220 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

## 2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

Schon diese knappe Skizze lässt leicht erkennen, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG für die argumentative Einbeziehung des behördlichen Entscheidungsverfahrens deutlich kleinere Spielräume lässt als Bestimmtheitsgebot und Gesetzesvorbehalt. Während deren Konkretisierung weder durch den Wortlaut einer Gesetzesformulierung begrenzt noch durch systematische Zusammenhänge entscheidend eingegrenzt wird,<sup>137</sup> konturieren gerade Wortlaut und Systematik die Rechtsschutzgarantie so präzise, dass sie an Beweglichkeit verliert. Die begriffliche Fixierung auf den Rechtsweg legt den Schutzgehalt der Rechtsschutzgarantie schon dem Wortlaut nach eindeutig auf „gesetzlich normierte Möglichkeit[en] der Anrufung eines *Gerichts*“ fest.<sup>138</sup> Dass etwa Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG den Rechtsweg ausdrücklich vom Rechtsschutz durch (Hilfs-)Organe der ersten Gewalt abgrenzt, legt dieses Verständnis ebenso nahe wie der Befund, dass Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG als Auffangzuständigkeit zur Wahrung der Rechtsweggarantie den „ordentlichen Rechtsweg“ vorsieht, den Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG seinerseits ausdrücklich als „Rechtsweg vor den ordentlichen *Gerichten*“<sup>139</sup> umschreibt. Wie der Blick ins einfache Recht offenbart, entspricht eben diese Gleichsetzung von Rechtsweg und Gerichtsschutz auch dem allgemeinen Sprachgebrauch. Sowohl § 40 Abs. 1 als auch § 45 VwGO konzipieren die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte als unmittelbare Folge der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs. Und auch § 17 Abs. 2 S. 1 GVG geht ausweislich seiner Rede vom „Gericht des zulässigen Rechtsweges“ davon aus, dass es unabhängig von der Frage, welcher Rechtsweg eröffnet ist, stets ein Gericht ist, das über den jeweiligen Streitfall zu entscheiden hat. In systematischer Hinsicht ergänzt wird dieses schon aufgrund des Wortlauts recht klare Bild durch die explizite Klarstellung in Art. 92 GG, dass die rechtsprechende Gewalt und damit die gerade auch von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierte „letzverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren“<sup>140</sup> den Richtern anvertraut ist und durch die Gerichte ausgeübt wird. Dass das Ziel der damit geschaffenen Möglichkeit letztverbindlicher Streitentscheidung im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gerade auch darin besteht, Schutz gegen

<sup>137</sup> Vgl. dazu soeben § 6 II 2, III 4 a), III 2, III 4 a).

<sup>138</sup> BVerfGE 67, 157 (170) (Hervorhebung hinzugefügt); *H. Schmelter*, Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative, 1977, S. 99, 167; *P. Wilfinger*, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention, 1995, S. 37 mit und in Fn. 168 bezeichnet das als „[s]eit langem einhellige Überzeugung“; deutlich auch *B. Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2001, S. 61: „Gebot des justizförmigen Schutzes“.

<sup>139</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>140</sup> Zu diesem funktionellen Rechtsprechungsbegriff BVerfGE 103, 111 (138); 111, 54 (107); 126, 369 (392); ausführlich zur grundgesetzlichen Konzeption der rechtsprechenden Gewalt *C. Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 92 Rn. 18 ff. (Stand: 95. Erg.-Lfg. Juli 2021); *A. Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 69 ff.

Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt – und damit in der Konzeption des BVerfG in erster Linie durch die Exekutive<sup>141</sup> – zu bieten, spricht schließlich auch in teleologischer Hinsicht dafür, die Rechtsweggarantie als Garantie des Gerichtsschutzes zu verstehen und die garantierte Rechtskontrolle nicht – jedenfalls nicht ausschließlich – bei der Verwaltung selbst anzusiedeln. Schließlich verspricht Kontrolle doch vor allem dann effektiv zu sein, wenn sie nicht von der Gewalt ausgeübt wird, deren Rechtstreue in Frage steht.

Angesichts all dieser Erwägungen ist es wenig verwunderlich, dass Rechtsschutzeffekte des behördlichen Entscheidungsverfahrens in der Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG im Allgemeinen bislang keine nennenswerte Rolle spielen. Stattdessen ist es insofern durchaus paradigmatisch, wenn etwa *Wolf-Rüdiger Schenke* in kaum zu überbietender Klarheit betont, dass „der Rechtsschutz durch Verwaltungsbehörden [...] nicht den Erfordernissen des Art. 19 Abs. 4 GG [genügt], da diese keine Gerichte darstellen“.<sup>142</sup> Erforderlich, ja wesensbestimmend für den von der Rechtsschutzgarantie gewährleisteten Rechtsweg sei dessen „institutionelle Trennung von der Exekutive“.<sup>143</sup> Ob angesichts der grundgesetzlichen Festlegung auf den „Rechtsweg“ überhaupt Raum dafür bleibt, der Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens für die auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gestützten normativen Urteile Bedeutung zuzumessen, erscheint schon angesichts dieser vorläufigen Analyse durchaus zweifelhaft.<sup>144</sup>

### 3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Rechtsschutzgarantie

Ungeachtet dieser Bedenken finden sich im Schrifttum zumindest vereinzelte Vorstöße, die sich bemühen, die vermeintliche Kompensationsfunktion des behördlichen Entscheidungsverfahrens auch in der Dogmatik der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien zu verankern und die Bedeutung des Entscheidungsverfahrens für den Rechtsschutz auf diese Weise dogmatisch klarer zu fassen. Ihre Lösungen unterscheiden sich allerdings in mehr als nur Details und helfen gerade deshalb dabei, mögliche dogmatische Ansatzpunkte für eine Verarbeitung des behördlichen Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu identifizieren.

<sup>141</sup> Siehe nur BVerfGE 24, 367 (402), wonach „es gerade die Aufgabe des Art. 19 Abs. 4 GG ist, Exekutivakte einer effektiven gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen“; ebenso auch BVerfGE 25, 352 (365); 75, 108 (165); 112, 185 (207) m. w. Nachw.

<sup>142</sup> *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 219 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

<sup>143</sup> *W.-R. Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 219 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020).

<sup>144</sup> Vgl. insofern auch die einleitende Feststellung bei *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 51; optimistischer dann aber ebd., S. 52 ff. sowie insbes. S. 57.

Den wohl noch immer eingehendsten Versuch, das Kompensationsverhältnis von gerichtlichem Rechtsschutz und behördlichem Entscheidungsverfahren dogmatisch aufzuarbeiten, hat *Heike Jochum* vorgelegt. In ihrer Habilitationsschrift plädiert *Jochum* für die Anerkennung eines Prinzips der „normativen Konnexität“ von Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht,<sup>145</sup> kraft dessen sie es für möglich hält, Funktionsdefizite des gerichtlichen Rechtsschutzes durch den verstärkten Einsatz rechtsschützender Elemente des verwaltungsbehördlichen Verfahrens auszugleichen.<sup>146</sup> Im Hinblick auf das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und verfassungsrechtlicher Rechtsschutzgarantie bleibt ihre Analyse indes dennoch blass. Das den Ausgleich anleitende Konnexitätsprinzip findet seine dogmatische Grundlage gerade nicht in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, sondern in den „Grundwertentscheidungen“ des materiellen Verwaltungsrechts, auf deren Durchsetzung und Verwirklichung sowohl behördliches als auch gerichtliches Verfahren ausgerichtet seien.<sup>147</sup> Ja, auch ansonsten berühren die von *Jochum* behandelten Rechtsschutzkompensationen Art. 19 Abs. 4 GG überhaupt nicht. Seinen Grund hat das darin, dass *Jochum* ihre Untersuchung ausdrücklich nur auf solche Funktionsverschiebungen zwischen verwaltungsbehördlichem Verfahren und verwaltungsgerichtlichem Prozess bezieht, die sich innerhalb der Spielräume bewegen, die das Grundgesetz den Gesetzgebungsorganen bei der Ausgestaltung der Rechtsschutzgarantie belässt. Kompensationslagen, die daher rühren, dass die gesetzliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes – ohne Berücksichtigung des behördlichen Entscheidungsverfahrens – mit Art. 19 Abs. 4 GG in Konflikt geriete, bleiben so außen vor. Das Defizit, das *Jochum* dem behördlichen Verfahren auszugleichen zugesteht, ist damit am Ende überhaupt kein rechtlich begründetes.<sup>148</sup> Für die hier zu beantwortenden Fragen führt ihre Analyse daher nicht weiter.

Für die frühe Schrift *Jürgen Schwarzes* über den „funktionale[n] Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz“ trifft all das nicht zu. Im Rahmen einer kritischen Auseinandersetzung mit der These, dass administrative Letztentscheidungsbefugnisse mit der aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleiteten Forderung nach lückenlosem Rechtsschutz unvereinbar seien, erinnert *Schwarze* daran, dass die Rechtsschutzgarantie auch mit dem im Gewaltenteilungsgrundsatz wurzelnden Prinzip sach-, funktions- und organgerechter Aufgabenzuteilung in Ausgleich gebracht werden müs-

<sup>145</sup> *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, insbes. S. 19 ff., 27 ff., 491 ff.

<sup>146</sup> *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 71 f.

<sup>147</sup> *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 496 f.

<sup>148</sup> Das spricht *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 73 auch deutlich aus, wenn sie argumentiert, im „Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben“ obliege es „grundsätzlich dem Gesetzgeber zu beurteilen, ob bestimmte Funktionsweisen des Verwaltungsverfahrens und/oder des verwaltungsgerichtlichen Prozesses als defizitär zu bewerten sind und daher der Kompensation bedürfen“.

se.<sup>149</sup> Es dürfe den Gerichten deshalb „nicht verwehrt sein, einen weiterreichenden und eher erfolgversprechenden rechtlichen Schutz für die Betroffenen bereits im Verwaltungsverfahren anzuerkennen und mit Rücksicht darauf ihre Nachprüfung ggf. auf eine Kontrolle des behördlichen Verfahrens zu konzentrieren“. Art. 19 Abs. 4 GG jedenfalls zwingt „nicht dazu, den nötigen Rechtsschutz allein bei der Rechtsprechung suchen zu müssen“. Vielmehr seien „das gerichtliche und das Verwaltungsverfahren als aufeinander bezogene Elemente einer größeren, dem Rechtsschutz dienenden Einheit“ zu begreifen, innerhalb derer „die Ausgestaltung des einen Verfahrens nicht ohne Rückwirkung auf die des anderen bleiben“ könne.<sup>150</sup> Wo *Schwarze* diese Überlegungen dogmatisch genau lokalisiert, bleibt leider im Vagen. Wenn er argumentiert, „[e]ine *Beschränkung* von Intensität und Ausmaß der nachträglichen Gerichtskontrolle [müsse] jedenfalls prinzipiell dann zulässig sein, wenn sie mit Rücksicht auf die Beachtung geeigneter Sicherungen bereits im Verwaltungsverfahren erfolgt“, <sup>151</sup> so scheint er die von ihm präferierte Lösung auf Ebene der Eingriffsrechtfertigung anzusiedeln. Auch seine Anknüpfung an *Konrad Hesses* Überlegungen zur praktischen Konkordanz und *Peter Lerches* Forderungen nach einem schonenden Ausgleich<sup>152</sup> legen das nahe. Verallgemeinert man diesen Ansatz, so weist er der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens Bedeutung für die Rechtfertigung von Rechtsschutzbeeinträchtigungen zu – und zwar dann und deshalb, wenn und weil die besondere Rechtsschutzzeignung des behördlichen Verfahrens es im Lichte des Prinzips organadäquater Aufgabenzuweisung angemessen erscheinen lässt, die letztverbindliche Ausfüllung materiell-rechtlicher Spielräume nicht den Gerichten, sondern der Verwaltung zu überlassen.

Ohne sich erkennbar an die Überlegungen *Schwarzes* anzulehnen, hat sich zuletzt auch *Florian Gonsior* dafür ausgesprochen, „[d]ie Frage nach einer Rechtsschutzkompensation [...] grundrechtsdogmatisch auf der Prüfungsstufe der Rechtfertigung“ zu verorten.<sup>153</sup> *Gonsior* hält Art. 19 Abs. 4 GG für die Beurteilung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse zwar nicht für maßgeblich und misst sie stattdessen an dem aus der Verfahrensdimension der Einzelgrundrechte abgeleiteten Rechtsschutzanspruch,<sup>154</sup> doch bleiben die struk-

<sup>149</sup> *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 54f.

<sup>150</sup> *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 57.

<sup>151</sup> *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 57 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>152</sup> *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 53f.

<sup>153</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 260.

<sup>154</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 148ff. und 154ff., insbes. 158f. sowie dazu bereits oben § 5 IV 2 c).

turellen Überlegungen im Grundsatz übertragbar. Anders als *Schwarze* konzipiert *Gonsior* die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens allerdings nicht als eigenständigen Rechtfertigungsgrund, der Rechtsschutzbeeinträchtigungen die Rechtswidrigkeit nehmen kann. Vielmehr kommt ihm, *Gonsior* zufolge, im Rahmen der Rechtfertigung von Rechtsschutzeinschränkungen deshalb Bedeutung zu, weil es „die Intensität der durch die Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte entstehenden Grundrechtsbeeinträchtigung [...] verringern“ kann, wenn „organisations- oder verfahrensrechtliche Rechtsschutzmechanismen auf Behördenebene ausgebaut werden, um die Einbuße an gerichtlichem Rechtsschutz zu kompensieren“.<sup>155</sup> Sofern administrative Letztentscheidungsbefugnisse mit Anforderungen an das Entscheidungsverfahren verbunden werden, die dem gerichtlichen Rechtsschutz in funktionaler Hinsicht nicht nachstehen, reduziert die verfahrensrechtliche Ergänzung der an die Verwaltung adressierten Letztentscheidungsermächtigung folglich die Schwere des Eingriffs, der mit der entsprechenden Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie einhergeht.

#### 4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG?

Ob diese Ansätze der grundgesetzlichen Rechtsschutzgarantie wirklich gerecht werden, daran bestehen bei genauerer Betrachtung allerdings Zweifel – und das aus zwei Gründen: Erstens, weil sie die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens für die Rechtsweggarantie darauf stützen, dass auch das Verwaltungsverfahren einen dem Gerichtsschutz gleichwertigen Rechtsschutz garantiere, dabei aber eine Rechtsschutzfunktion zum Maßstab erheben, die Funktion und Teleologie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nur ungenau abbildet. Und zweitens, weil sie angesichts der ausschließlichen Fokussierung auf funktionale Erwägungen offenbar übersehen, dass der Normzweck des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht den einzigen Maßstab für seine Konkretisierung darstellt (zu beidem lit. a). Angesichts dessen mag das behördliche Verfahren die Zwecke des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zwar tatsächlich fördern (dazu lit. b). Doch nimmt man die unterschiedlichen Möglichkeiten, die Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens im Rahmen der Rechtsschutzgarantie dogmatisch zu konstruieren, genauer in den Blick, so zeigt sich, dass das allein nicht hinreicht, weil es keiner von ihr gelingt, die Gerichtsfixierung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG aufzubrechen (dazu lit. c). Richtigerweise lässt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG für Rechtsschutzkompensationen deshalb keinen nennenswerten Raum.

---

<sup>155</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 162.



*a) Normativer Maßstab: Die Teleologie der Rechtsschutzgarantie*

Dass die eben skizzierten Ansätze das anders beurteilen, hat seinen Grund darin, dass sie den Zweck, den die Rechtsschutzgarantie verfolgt, zu undifferenziert beschreiben (dazu lit. aa) und ihn zugleich zu Unrecht zum alleinigen Maßstab für die rechtliche Zulässigkeit von Rechtsschutzkompensationen erheben (dazu lit. bb). Mehr als eine notwendige Voraussetzung beschreibt er indes nicht.

*aa) Sachrichtigkeit als einziger Normzweck?*

Was die gerichtliche (Verwaltungs-)Kontrolle gewährleistet und worauf die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie abzielt, ist, glaubt man den genannten Befürwortern von Rechtsschutzkompensationen, nicht weniger als „die Richtigkeit der [kontrollierten] Entscheidung“.<sup>156</sup> Auch wenn es die rechtlich einzig richtige Entscheidung nicht gebe, gewährleiste der Gerichtsprozess im Normalfall – also bei Entscheidungen, für die der Verwaltung keine Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt sei – schon deshalb ein sachrichtiges Ergebnis, weil die Gerichte letztlich den Ergebnissen des Gesetzgebungsverfahrens zur Umsetzung verhelfen, das seinerseits für einen angemessenen Ausgleich aller betroffenen Belange Sorge trage.<sup>157</sup> Anders formuliert: Weil das Gesetzgebungsverfahren richtige Ergebnisse verbürge und das Gericht eben diese zur Geltung bringe, sichere die verfassungsrechtlich garantierte Rechtmäßigkeitskontrolle auch die sachliche Richtigkeit der betroffenen Entscheidung ab. Wo die gesetzgeberische Vorentscheidung aber größere Handlungsspielräume lasse, deren Ausfüllung aufgrund administrativer Letztentscheidungsbefugnisse auch von den Gerichten hinzunehmen sei, könnten die Gerichte die sachliche Richtigkeit der Entscheidung hingegen nicht mehr in vollem Umfang gewährleisten und der Rechtsschutz den ihm zgedachten Zweck folglich nicht mehr uneingeschränkt erfüllen.<sup>158</sup>

Der blinde Fleck dieser Überlegungen ist bei näherem Hinsehen indes leicht zu erkennen: Wer den Zweck des Gerichtsschutzes darauf verengt, Sachrichtigkeit gerade durch die Effektivierung vorgegebener Rechtsmaßstäbe zu gewähr-

<sup>156</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 243; weniger deutlich setzt offenbar auch J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 56f., voraus, dass der gerichtliche Rechtsschutz im Wesentlichen der Durchsetzung der einen richtigen Lösung dient, wenn er den Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG im „rechtsstaatlichen Schutz für den Bürger“ erkennt, dabei aber zugleich erklärt, die Gerichte seien „eher zur Kognition als zur Dezision berufen“.

<sup>157</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 242.

<sup>158</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 242f.

leisten, bleibt eine Antwort darauf schuldig, was die Rechtsschutzgarantie in den geradezu allgegenwärtigen Konstellationen bezweckt, in denen das materielle Recht staatliche Entscheidungen nicht abschließend festlegt. Schließlich vermag der gerichtliche Rechtsschutz das Versprechen des Gesetzgebungsverfahrens, für die Sachrichtigkeit der Entscheidung zu bürgen, nur insoweit einzulösen, wie die gesetzlichen Maßstäbe reichen. Da der verfassungsrechtlich garantierte Rechtsschutz sich aber – wie im Übrigen auch der skizzierte Ansatz zugrunde legt – auch auf rechtlich nicht voll determinierte Graubereiche erstreckt, gibt der Verweis auf die Gewährleistung gesetzlich verbürgter Sachrichtigkeit eine bestenfalls unvollständige Antwort auf die Frage nach Sinn und Zweck der Rechtsschutzgarantie. Weshalb die Rechtsschutzgarantie den Gerichten im Regelfall auch dort das letzte Wort zugesteht, wo die Offenheit materiell-rechtlicher Gesetzesvorgaben (wie etwa bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe) auch den Gerichten eigenständige Rechtserzeugungsleistungen abverlangt, lässt sie offen. Und auch die Frage, weshalb die Rechtsschutzgarantie den Gerichten auch die letztverbindliche Entscheidung über Tatsachenfragen zuweist, kann sie nicht beantworten.

Wie bereits gesehen, hat die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie freilich auch in diesen Bereichen ihren guten Sinn. Dass die Rechtsschutzgarantie auch in den Grauzonen des materiellen Rechts die Letztentscheidungsbefugnis der Gerichte garantiert, rechtfertigt sich dadurch, dass die Konkretisierung unbestimmter gesetzlicher Vorgaben nicht der Beliebigkeit der Rechtsanwender anheimgestellt ist, sondern die mit ihr verbundene Rechtserzeugung dogmatischen und methodischen Bindungen unterliegt, denen nachzukommen die Gerichte im Regelfall besser geeignet sind als die Verwaltung selbst.<sup>159</sup> Vordergründig zielt die Rechtsschutzgarantie damit auf die Gewährleistung methodengerechter Rechtserzeugung. Führt man sich vor Augen, dass auch die Bindung an die (methodischen) Standards der Rechtsdogmatik keinen Selbstzweck bildet, liegt bei näherem Hinsehen allerdings auch der Sinn der gerichtlichen Letztentscheidungsprärogative für die durch das materielle Recht nicht determinierten Teile einer Entscheidung tiefer: Indem sie die methodengerechte Rechtskonkretisierung absichert, macht sie sich die Zwecke zu eigen, die die besagten methodischen Bindungen selbst verfolgen. Dogmatische Rechtsfortbildungen kennzeichnet insofern, dass sie von einer spezifisch juristischen Begründung abhängen und diese mit besonderen Konsistenzerwartungen im Hinblick auf frühere und zukünftige Entscheidungen verknüpfen.<sup>160</sup> Auf diese Weise bemüht sich juristische Dogmatik (als Methode)<sup>161</sup> darum, die Entschei-

---

<sup>159</sup> Dazu bereits oben § 5 IV 2 b) bb) (2) sowie erneut *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (536) und *C. Thiemann*, in: *Liber Amicorum für D. Ehlers*, 2015, S. 257 (270 ff.).

<sup>160</sup> Eingehend *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (534 ff.).

<sup>161</sup> Dazu bereits *J. Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, S. 92, der Dogmatik als „Methode der Entscheidungsfindung“ bezeichnet; zuletzt ausführlich

dungsfindung zu disziplinieren und zu begrenzen, über die Stabilisierung der Entscheidungspraxis eine gleichheitsgerechte Rechtsanwendung sicherzustellen, ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit zu gewährleisten sowie über die mit ihr einhergehenden argumentativen Begrenzungen auch zur Neutralität bzw. Nicht-Willkürlichkeit der Entscheidungen beizutragen.<sup>162</sup>

Dass die Rechtsschutzgarantie den Gerichten im Grundsatz auch die Befugnis zuweist, die streitentscheidenden Tatsachenfragen abschließend zu beurteilen, lässt sich mit der Erwägung, dass Richterinnen und Richter die besseren Dogmatiker sind, freilich nicht erklären. Dass Erwägungen der Organ- und Funktionsadäquanz auch insofern für eine Prärogative der Justiz streiten, hat seinen Grund vielmehr darin, dass die Gerichte aufgrund ihrer Unabhängigkeit und weil sie anders als die Verwaltung am konkreten Streitverhältnis nicht beteiligt sind, eine Unparteilichkeit aufweisen, die den Einfluss sachfremder oder interessebasierter Kriterien gering zu halten verspricht.<sup>163</sup> Auch insofern zielt die Rechtsschutzgarantie folglich auf Willkürvermeidung und Neutralität.<sup>164</sup> Freilich mag man auch all das unter dem Topos der Sachrichtigkeit verhandeln, doch verschleiert das mehr als es aufhellt, weil der Verweis auf die in der Sache richtige Entscheidung einen materiellen Maßstab impliziert, den inhaltlich zu umschreiben bisher niemandem gelungen ist. Erklärt man den Normzweck des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zum Maßstab dafür, inwiefern die Rechtsschutzgarantie auch die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens in den Blick nehmen muss, dürfte die obige Ausdifferenzierung (Disziplinierung bzw. Begrenzung, Vorhersehbarkeit, Gleichheit und Willkürvermeidung) daher verlässlichere Ergebnisse ermöglichen.

#### *bb) Normzweck als einziger Maßstab?*

Obwohl die wenigen Stimmen, die sich darum bemühen, Rechtsschutzkompensationen in die Dogmatik der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie(n) zu integrieren, deren Teleologie demnach nur unzureichend erfassen, erheben die entsprechenden Ansätze gerade sie zum alleinigen Maßstab dafür, ob und inwiefern sich Defizite des gerichtlichen Rechtsschutzes durch geeignete Ausgestaltungen des Verwaltungsverfahrens ausgleichen lassen. Besonders

*J. Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 111 ff.; vgl. im Überblick zur Mehrdeutigkeit des Dogmatikbegriffs *A. Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 77 ff.

<sup>162</sup> Knapp, aber treffend *P. Lassahn/T. Steenbreker*, JR 2015, S. 553 (555 f.); vgl. für ausführlichere Darstellungen zu diesen (und weiteren) Funktionen rechtlicher Dogmatik u. a. *W. Kabl*, AöR 144 (2019), S. 159 (169 ff.); *ders.*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, 2020, S. 78 ff.; *M. Flohr*, Rechtsdogmatik in England, 2017, S. 29 f.; *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 110 f.; *A. Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 115 ff.

<sup>163</sup> Vgl. *R. Poscher*, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (539).

<sup>164</sup> Ganz in diesem Sinne plädiert auch *A. Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 100 ff. dafür, das wesensbestimmende Merkmal der Rechtsprechung in deren Neutralität zu sehen.

deutlich zieht so etwa *Jürgen Schwarze* aus der Intention des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG den Schluss, „das gerichtliche und das Verwaltungsverfahren [seien] als aufeinander bezogene Elemente einer größeren, dem Rechtsschutz dienenden Einheit“ zu begreifen, weshalb die Rechtsschutzgarantie auch „nicht dazu [zwingt], den nötigen Rechtsschutz allein bei der Rechtsprechung suchen zu müssen“.<sup>165</sup> Zwar legt die für Kompensationen unverzichtbare Frage nach dem Funktionszusammenhang zwischen Kompensationslage und -leistung eine solche Fokussierung auf die von der Rechtsschutzgarantie verfolgten Zwecke geradezu nahe. Allerdings verstünde man das Kriterium des Funktionszusammenhangs falsch, begriffe man es als hinreichende Zulässigkeitsbedingung für Kompensationen gleich welcher Art. Denn das Erfordernis eines funktionalen Zusammenhangs zwischen auszugleichendem Defizit und ausgleichender Leistung beschreibt zwar einen notwendigen Bestandteil eines jeden Kompensationsverhältnisses,<sup>166</sup> doch beansprucht es gerade angesichts dieser Allgemeinheit keinesfalls, die Zulässigkeitsbedingungen bestimmter Kompensationen unter den Wertungen eines spezifischen normativen Bezugsrahmens (abschließend) zu definieren. Ob es rechtlich zulässig ist, die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG mit kompensatorischer Wirkung zu berücksichtigen, bemisst sich angesichts dessen nicht nur daran, ob das Verwaltungsverfahren der Funktion und Teleologie der Rechtsschutzgarantie gerecht wird, sondern auch an allen übrigen Kriterien, die deren normativem Gehalt Konturen verleihen. Wie gesehen, zählen hierzu vor allem auch Wortlaut und Systematik des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, die gerade den gerichtlichen und nicht den behördlichen Rechtsschutz in den Fokus rücken.<sup>167</sup> Inwieweit das die rechtliche Zulässigkeit prozeduraler Rechtsschutzkompensationen beschränkt, lässt sich allerdings erst im Zusammenhang mit den möglichen dogmatischen Konstruktionen einer Rechtsschutzkompensation ermitteln.<sup>168</sup> Vorerst bleibt daher lediglich festzuhalten: Die funktionelle Gleichwertigkeit von Gerichts- und Behördenverfahren stellt keine hinreichende Bedingung für die Zulässigkeit von Rechtsschutzkompensationen dar, weil sie die normativen Grenzen, die sich etwa aus Wortlaut und Systematik der defizitbegründenden Norm ergeben,

<sup>165</sup> *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 57. Dass auch *Florian Gonsior* sich allein vom Kriterium des kompensationstypischen Funktionszusammenhangs zwischen gerichtlichem Rechtsschutzdefizit und den (Rechtsschutz-)Leistungen des Verwaltungsverfahrens leiten lässt und folglich ebenfalls allein Funktion und Zweck der Rechtsschutzgarantie zum Maßstab der Zulässigkeit von Rechtsschutzkompensationen erhebt (siehe *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 230 ff.), provoziert demgegenüber deshalb geringere Bedenken, weil er die Rechtsschutzgarantie nicht aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, sondern aus der (ungeschriebenen) Verfahrensdimension der Grundrechte ableitet, die jenseits der Teleologie tatsächlich keine Maßstäbe bietet.

<sup>166</sup> Siehe oben § 2 II 2 c) m. Nachw.

<sup>167</sup> Siehe oben § 6 IV 2.

<sup>168</sup> Dazu sogleich § 6 IV 4 c).

nicht abbildet. Eine notwendige Bedingung allerdings formuliert sie dennoch, weil erst sie den für Kompensationen unverzichtbaren Zusammenhang von Kompensationslage und -leistung herstellt.

*b) Tatsächliche Voraussetzung: Die Zweckverwirklichung durch Verfahren*

Vermag das Verwaltungsverfahren also zu erreichen, worauf der gerichtliche Rechtsschutz zielt? Hierauf eine angemessene Antwort zu geben, verlangt, sich zunächst noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass die durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG begründete Entscheidungsprärogative der Gerichte in den gesetzlich nicht voll determinierten Bereichen zwar darauf zielt, Entscheidungen zu begrenzen, sie vorhersehbar zu machen, sie von willkürlichen oder sachfremden Erwägungen freizuhalten und sie schließlich im Sinne einer gleichheitsgerechten Entscheidungspraxis auch konsistent zu gestalten – doch dass sie all das über einen Umweg zu erreichen versucht: Die Rechtsschutzgarantie gesteht den Gerichten das letzte Wort über Fragen der Normkonkretisierung und -anwendung zu, weil sie sich erhofft, dass die richterliche Unabhängigkeit und die herausgehobene juristische Befähigung von Richterinnen und Richtern Entscheidungen erzeugt, die sowohl unparteilich sind als auch den Standards der juristischen Dogmatik genügen und die gerade aufgrund dieser Eigenschaften die genannten Effekte erzielen. Nur weil die juristische Dogmatik (als Methode) ihrerseits disziplinierend wirkt, die Vorhersehbarkeit steigert, Willkür vermeidet und Gleichheit fördert, kann auch die Rechtsschutzgarantie diese Wirkungen erreichen. Und nur weil die Unparteilichkeit der Richterinnen und Richter sachfremde Erwägungen auszuschneiden verspricht, kann auch die Rechtsschutzgarantie sich dieser Wirkung rühmen.

Von Bedeutung ist das, weil Verfahrenspflichten so auf zwei unterschiedliche Weisen dazu beitragen können, dass die Zwecke des gerichtlichen Rechtsschutzes auch dort erreicht werden, wo er diese nicht selbst verwirklichen kann: Erstens, indem das Verfahren absichert, dass die Verwaltung bei der Rechtskonkretisierung die Methoden dogmatischer Rechtsfortbildung beachtet; und zweitens, indem es selbst unmittelbar dafür Sorge trägt, dass die der Dogmatik zugeschriebenen Zwecke erreicht werden. Während die oben ausführlich dargestellten empirischen Befunde für ersteres kaum Ansatzpunkte bieten (dazu lit. aa), stimmen sie im Hinblick auf die zweite Strategie zumindest teilweise verhalten optimistisch (dazu lit. bb, cc, dd).

*aa) Methodengerechtigkeit durch Verfahren*

So erscheint es doch eher zweifelhaft, ob sich die dogmatischen Fähigkeiten der Verwaltung über Verfahrensanforderungen verbessern lassen. Die besondere Eignung der Gerichte für die dogmatische Rechtsfortbildung beruht denn auch nicht in erster Linie auf der speziellen Ausgestaltung des Gerichtsverfahrens,

sondern vielmehr darauf, dass der Richterberuf das erfolgreiche Durchlaufen einer anspruchsvollen juristischen Ausbildung voraussetzt, schwierige Rechts-sachen zudem im Kollektiv aller kammerangehörigen Richter entschieden werden<sup>169</sup> und es Verwaltungsrichterinnen und -richtern im ersten Berufsjahr versagt ist, allein zu entscheiden.<sup>170</sup> Für Behörden ist all das nicht gewährleistet und insbesondere an den Unterschieden im Hinblick auf die Ausbildung vermag auch die Verfahrensausgestaltung nichts zu ändern. Hoffnung mögen insofern einzig die oben skizzierten Untersuchungen zu den Wirkungen von Begründungspflichten spenden. Sie belegen, dass die Pflicht eines Entscheidungsträgers, seine Entscheidung rechtfertigen zu müssen, die Wahrscheinlichkeit verringert, dass er sich von Faktoren leiten lässt, die für die Entscheidung nicht maßgeblich sein dürfen.<sup>171</sup> Insofern der disziplinierende Effekt der Rechtsdogmatik gerade darauf beruht, dass diese eine spezifisch juristische Begründung verlangt, in der eben nicht alle denkbaren Argumente Platz finden,<sup>172</sup> kann die Pflicht zur Entscheidungsbegründung demnach möglicherweise auch die Bindung an die juristische Methodik abstützen. Freilich setzt auch dies noch die grundsätzliche Fähigkeit voraus, dogmatisch zulässige von dogmatisch unzulässigen Argumenten zu unterscheiden. Selbst im besten Fall kommt Begründungspflichten zudem allenfalls ein negativer Selektionseffekt zu: Sie mögen unzulässige Gründe ausscheiden, doch dass der Kreis zulässiger Argumente ausgeschöpft wird, dazu tragen sie nicht bei.<sup>173</sup>

#### *bb) Begrenzung durch Verfahren*

Unmittelbar entscheidungsbegrenzende bzw. -disziplinierende Wirkung kann das Entscheidungsverfahren ausweislich der obigen Ergebnisse demgegenüber durchaus entfalten, und zwar dann, wenn es Konzept- oder Begründungspflichten institutionalisiert. Erstere begrenzen Entscheidungen dadurch, dass sie diese im Vorfeld an (selbst gewählte) materielle Kriterien binden, die die Spielräume der gesetzlichen Vorgaben verengen;<sup>174</sup> zweitens, indem sie sich die Kraft entgegenstehender Gründe zu Nutze machen: Weil Personen, die ihre Entscheidungen begründen müssen, auch sich widerstreitende Argumente ein-

<sup>169</sup> Umkehrschluss aus § 6 Abs. 1 S. 1 VwGO; § 6 Abs. 1 FGO.

<sup>170</sup> Siehe § 6 Abs. 1 S. 2 VwGO; anders aber für die Finanzgerichtsbarkeit § 6 FGO.

<sup>171</sup> Dazu oben § 4 II 5 b) bb) (1).

<sup>172</sup> Vgl. dazu etwa R. Poscher, in: Festschrift für R. Wahl, 2011, S. 527 (535) sowie P. Reimer, Verfahrenstheorie, 2015, S. 110f.

<sup>173</sup> Einen gegenteiligen Schluss erlauben auch nicht die oben besprochenen Studien, die zeigen, dass die Intensität der Informationsauswertung und -berücksichtigung durch Begründungspflichten befördert wird (dazu oben § 4 II 5 b) bb) [1]). Denn anders als im Labor-experiment präsentierte Informationen oder auch zuvor ermittelte Sachverhaltselemente liegen dogmatische Argumente nicht einfach vor, sondern müssen erst erarbeitet werden. Ob Begründungspflichten hierzu etwas beitragen, geht aus den genannten Studien nicht hervor.

<sup>174</sup> Siehe oben § 4 II 2.

beziehen und erstnehmen, entscheiden sie nachweislich weniger extrem.<sup>175</sup> Allerdings ist kaum zu übersehen, dass die Art der Disziplinierung, die diese Verfahrensanforderungen leisten, von derjenigen abweicht, die das dogmatische Erfordernis einer spezifisch juristischen Begründung bewirkt. Anders als die methodischen Vorgaben der Rechtsdogmatik disziplinieren allgemein gehaltene Begründungspflichten die Entscheidungsfindung nicht, indem sie bestimmte Argumentformen ausscheiden, sondern indem sie die Einbeziehung und Berücksichtigung auch einander entgegengesetzter Argumente absichern. Inhaltlich dürften sich die Limitierungen, die sich aus den jeweiligen Begrenzungsstrategien ergeben, daher unterscheiden; einen disziplinierenden Effekt entfalten indes beide.

### cc) Vorhersehbarkeit durch Verfahren

Konzept- und Begründungspflichten sind es auch, über die die Ausgestaltung von Entscheidungsverfahren zur Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns beizutragen vermag.<sup>176</sup> Konzeptpflichten gewährleisten eine materielle Feinsteuerung administrativer Entscheidungen, die die maßstäblichen Entscheidungskriterien im Vorfeld eines Verfahrens zu erkennen gibt und es den potentiellen Adressaten künftiger Entscheidungen so ermöglicht, sich auf diese einzustellen. Begründungspflichten versprechen jedenfalls dann, wenn sie mit der Vorgabe verbunden werden, die entscheidungsleitenden Kriterien allgemein zugänglich zu veröffentlichen, einen ähnlichen Effekt. Denn sofern die für eine Entscheidung angegebenen Gründe mit dem Anspruch allgemeiner Gültigkeit auftreten, bewirken sie eine Selbstbindung der entscheidenden Stelle, die nachweislich dazu beiträgt, dass künftige Entscheidungen den durch die Erstbegründung vorgezeichneten Linien folgen.<sup>177</sup> Die der Rechtsdogmatik gemeinhin zugeschriebene und von der Rechtsschutzgarantie vereinnahmte Funktion, die Vorhersehbarkeit rechtlich gerahmter, aber nicht abschließend determinierter Entscheidungen zu erhöhen, lässt sich durch eine entsprechende Ausgestaltung staatlicher Entscheidungsverfahren daher ebenfalls fördern – und das zudem in durchaus ähnlicher Weise wie durch die Bindung an die juristische Methodik. Denn auch diese trägt zur Vorhersehbarkeit der Entscheidungspraxis nur über den (Selbst-) Bindungseffekt ihrer – freilich spezifisch juristischen – Begründung bei.<sup>178</sup>

<sup>175</sup> Siehe oben § 4 II 5.

<sup>176</sup> Siehe oben § 4 IV 2 und § 4 IV 4.

<sup>177</sup> Zur die Entscheidungskonsistenz erhöhenden Wirkung von Begründungspflichten *R. H. Ashton*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 52 (1992), S. 292 (293, 299, 301); *R. Hagafords/B. Brehmer*, *Organizational Behavior and Human Performance* 31 (1983), S. 223 (230f.); *K. Takemura*, *Japanese Psychological Research* 35 (1993), S. 36 (39); siehe auch *D. R. Jones/D. Brown/P. Wheeler*, *Advances in Accounting Behavioral Research* 4 (2001), S. 187 (189).

<sup>178</sup> Vgl. zu diesen „Pfadabhängigkeiten“ juristischer Begründungen etwa *R. Poscher*, in: *Festschrift für R. Wahl*, 2011, S. 527 (534f.).

*dd) Gleichheit durch Verfahren*

Indem die Rechtsschutzgarantie die Entscheidungsprärogative der Gerichte absichert, bemüht sie sich schließlich auch um die Gleichheit der Rechtsanwendung. Die Unabhängig- und Unparteilichkeit der Gerichte verspricht hierzu beizutragen, indem sie Entscheidungen vermeidet, die – möglicherweise unbewusst – von der Betroffenheit des Entscheidenden (und damit von sachfremden Erwägungen) beeinflusst werden. Und die besondere Kompetenz der Gerichte in Dogmatikfragen lässt Gleichheitseffekte zum einen deshalb erhoffen, weil das Erfordernis, dogmatische Urteile spezifisch juristisch zu begründen, den Kreis zulässiger Argumente begrenzt und eben hierdurch willkürliche Entscheidungen zu verhindern hilft.<sup>179</sup> Gleichheitswirksam wird die Bindung an die juristische Methodik zum anderen aber auch deshalb, weil der generalisierende Anspruch dogmatischer Begründungen und Sätze mit einer Konsistenz-erwartung einhergeht, die erwarten lässt, dass künftige Fälle den einmal getroffenen Wertungen entsprechend entschieden werden.<sup>180</sup>

Wie bereits gezeigt, können Entscheidungsverfahren diese Effekte ebenfalls fördern, sofern sie auf Konzept- oder Begründungspflichten zurückgreifen oder die beratende Einbindung externer Sachverständiger vorsehen. Konzeptpflichten tragen zur Rechtsanwendungsgleichheit dadurch bei, dass sie die materiellen Gesetzesprogramme durch verbindliche Konkretisierungen nachverdichten; verhindern, dass dabei auch sachfremde Erwägungen eingestellt werden, können sie allerdings nicht. Begründungspflichten hingegen gelingt gerade dies: Sie tragen dazu bei, unbewusste Entscheidungsverzerrungen (Kontextfaktoren, Framing, kognitive Heuristiken) abzumildern, irrelevante (Begleit-)Faktoren aus der Entscheidungsfindung herauszuhalten, und versprechen insbesondere dann, wenn das Begründungserfordernis mit Formvorgaben einhergeht, die den Entscheidungsträgern ihre offizielle Rolle und die mit ihr verbundenen Erwartungen symbolisch vor Augen führen, auch deren möglichem Bestreben entgegenzuwirken, die Entscheidung an eigenem Nutzen und persönlichen Überzeugungen auszurichten.<sup>181</sup> Und auch die Einbindung externen Sachverständigen kann Ungleichheiten der Rechtsanwendung verringern. Denn wie bereits gesehen, beeinflussen Ratschläge und Empfehlungen das Ent-

<sup>179</sup> Besonders deutlich *S. Simitis*, AcP 172 (1972), S. 131 (142); siehe zu dieser Disziplinierungsfunktion aber ferner auch *P. Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 110f. sowie – bereits im Titel – *E. Picker*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 85.

<sup>180</sup> Zur Gleichheitsfunktion von Dogmatik u. a. *P. Lassahn/T. Steenbreker*, JR 2015, S. 553 (555 f.); *W. Kabl*, AöR 144 (2019), S. 159 (169): gleichmäßige Anwendung des Rechts; ferner *A. Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 119f., der zutreffend sieht, dass die Gleichheitsfunktion in dem für die Vorstellung von Dogmatik prägenden Systemgedanken bereits angelegt ist; vgl. zum Zusammenhang von Dogmatik und Systemdenken nur *P. Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 226 f.

<sup>181</sup> Siehe oben § 4 II 5 b) bb) (1).



scheidungsverhalten ihrer Adressaten nachgewiesenermaßen insbesondere dann, wenn die entsprechenden Handlungsempfehlungen von Experten stammen, die Komplexität der zu treffenden Entscheidung groß ist und auch die Entscheidungsträgerin in professioneller Eigenschaft entscheidet. Soweit dieser Einfluss die Entscheidungsfindung vorprägt, reduziert er aber zugleich den Raum für gleichheitsgefährdende Beliebigkeit.

#### *ee) Ergebnis*

Vor allem Konzept- und Begründungspflichten können demnach zur Erreichung der Ziele beitragen, die auch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verfolgt. Zwar können sie Begrenzung, Vorhersehbarkeit und Gleichheit der Rechtsanwendung nicht ebenso zuverlässig sicherstellen wie klare materiell-rechtliche Vorgaben. Da die Rechtsschutzgarantie diese Ziele aber auch gerade jenseits des gesetzlich eindeutig determinierten Bereichs verfolgt und hierzu ebenfalls lediglich auf weiche und mittelbar wirkende Steuerungsinstrumente, wie insbes. die argumentativen Zwänge der juristischen Dogmatik, zurückgreift, bleiben Verfahrensanforderungen in ihrer Wirkungsintensität keinesfalls notwendig hinter derjenigen gerichtlichen Rechtsschutzes zurück.

#### *c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensation*

Gerichtliches und behördliches Verfahren weisen, das lässt sich nach den vorstehenden Überlegungen festhalten, funktionale Parallelen auf, die es für sich betrachtet nahelegen könnten, der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens auch für die Bildung rechtlicher Urteile Bedeutung zuzumessen, die sich auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG stützen. Wie aber ließe sich eine solche Berücksichtigung dogmatisch umsetzen? Wo genau also findet die Ausgestaltung des Rechtsanwendungsverfahrens ihren Platz in der Struktur der Rechtsschutzgarantie? Und vor allem: Lassen sich die Wirkungen des Verwaltungsverfahrens so in die Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG integrieren, dass die oben skizzierte Fokussierung der Rechtsschutzgarantie auf den Rechtsschutz durch Gerichte (und nicht durch die Verwaltung) der Einbeziehung nicht entgegensteht? Da die etablierte Konkretisierung von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG für eine Gewährleistungslösung keine Ansatzpunkte bietet (dazu lit. aa), kommen insofern neben der im Rahmen von Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt präferierten Erfüllungslösung (dazu lit. bb) lediglich zwei Lösungsoptionen in Betracht, die sich als Eingriffs- (dazu lit. cc) und Rechtfertigungslösung (dazu lit. dd) bezeichnen lassen und die inhaltlich unmittelbar an die skizzierten Vorschläge aus dem Schrifttum anknüpfen können. Angesichts des Befunds, dass sich der normative Gehalt der Rechtsschutzgarantie nicht lediglich aus teleologischen Erwägungen speist, sondern auch durch Wortlaut

und Systematik konturiert wird, erweist sich die Frage nach der richtigen dogmatischen Konstruktion dabei allerdings zugleich als eine solche der rechtlichen Zulässigkeit: Die Einbindung des Verwaltungsverfahrens in Struktur und Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG muss ernstnehmen, dass die Rechtsschutzgarantie ausweislich ihres Wortlauts und ihrer Bezüge im Gesamtsystem des Grundgesetzes im Grundsatz auf den Rechtsschutz durch Gerichte festgelegt ist.<sup>182</sup> Daran vorbeizukommen, ist – wie gleich deutlich werden wird – die entscheidende Hürde für den Versuch, Rechtsschutzdefizite unter Verweis auf die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens zu kompensieren.

*aa) Gewährleistungslösung: Verfahrensgestaltung als anforderungsmildernder Umstand*

Der Versuch, der vermeintlichen Kompensationsfunktion des Verwaltungsverfahrens auf Ebene des Gewährleistungsbereichs der Rechtsschutzgarantie Rechnung zu tragen und sie folglich als Argument für eine Absenkung des Anforderungsniveaus in die Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG einzuführen, scheitert indes an anderer Stelle. Während es Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt angesichts der Abwägungsabhängigkeit ihres Gewährleistungsbereichs zunächst durchaus naheliegend erscheinen ließen, die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens schlicht als einen Faktor zu bewerten, der im Zusammenspiel mit anderen über das Maß der erforderlichen Bestimmtheit und Regelungsdichte entscheidet, fügt sich eine solche Gewährleistungslösung jedenfalls in die überkommene Operationalisierung der Rechtsschutzgarantie nicht bruchlos ein. Ihr Anforderungsprofil folgt einem Alles-oder-Nichts-Schema, das für kontextspezifische Relativierungen keinen Raum lässt. Denn als Gebot lückenlosen Rechtsschutzes, der in jedem konkreten Einzelfall die Möglichkeit eröffnet, mögliche Rechtsverletzungen einer gerichtlichen Entscheidung zuzuführen,<sup>183</sup> verbürgt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG einen Anspruch auf ein gerichtliches Rechtsschutzverfahren, das jede staatliche Maßnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig nachprüft.<sup>184</sup> Abwägungsstrukturen, die eine anforderungsreduzierende Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens ermöglichen würden, sind ihm folglich fremd. Bleibt für eine solche Berücksichtigung aber kein Raum, so hängen die von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

<sup>182</sup> Dazu bereits soeben § 6 IV 2, IV 4 a) bb).

<sup>183</sup> O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 22 ff.; zum Grundsatz lückenlosen Rechtsschutzes auch K. Windthorst, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 550 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 8, 274 (326); 25, 352 (365); 96, 27 (39 f.); 110, 77 (85).

<sup>184</sup> BVerfGE 103, 142 (156); W.-R. Schenke, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 571, 651 (Stand: 207. Aktualisierung September 2020); F. Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 258.

formulierten Rechtsschutzanforderungen auch nicht davon ab, wie gut es dem Verwaltungsverfahren gelingt, die Funktionen zu erfüllen, die gemeinhin dem gerichtlichen Verfahren zugeschrieben werden. Für Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist die Gewährleistungslösung folglich schon deshalb kein gangbarer Weg. Ohnehin sähe sie sich auch für die Rechtsschutzgarantie den bereits im Zusammenhang mit Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt erhobenen Einwänden ausgesetzt.<sup>185</sup>

*bb) Erfüllungslösung: Verfahrensgestaltung als alternativer Erfüllungsmodus*

Nicht nur angesichts dessen lässt der Befund, dass das Verwaltungsverfahren in funktionaler Hinsicht einen zumindest teilweise adäquaten Ausgleich für Defizite des gerichtlichen Rechtsschutzes verspricht, die Erfüllungslösung daher als vielversprechende Alternative erscheinen. Denn was könnte dagegensprechen, die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens – analog zu der oben für Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt befürworteten Lösung – auch im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als alternativen Erfüllungsmodus anzuerkennen und dem Gesetzgeber insofern ein Wahlrecht einzuräumen, wenn und soweit sich Verwaltungs- und Gerichtsverfahren doch in funktionaler Hinsicht entsprechen? Nun, die Festlegung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf den Rechtsschutz durch Gerichte. Wie bereits gesehen, verlangt vor allem der Wortlaut („Rechtsweg“) des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, aber auch sein systematisches Zusammenspiel mit Art. 92, 96f. GG, dass der durch ihn garantierte Rechtsschutz von Gerichten ausgeübt wird.<sup>186</sup> Die Rechtsschutzgarantie stattdessen auch dann als gewahrt anzusehen, wenn das Verwaltungsverfahren verspricht, die dem Gerichtsverfahren zgedachten Funktionen gleichermaßen zu erfüllen, setzte sich hierüber leichtfertig hinweg.<sup>187</sup> Als Ergebnis der *Rechtsauslegung* jedenfalls lässt sich die Erfüllungslösung daher nicht rechtfertigen. Aber auch als *Rechtsfortbildung* unter Rückgriff auf Analogieschluss oder teleologische Reduktion überzeugt sie nicht. Untypisch wäre eine solche Verfassungsfortbildung schon deshalb, weil beide dieser Rechtsfortbildungsformen den Wortlaut der fortgebildeten Norm üblicherweise deshalb überschreiten, weil deren Tatbestandsformulierung gemessen am Zweck der Norm zu weit (im Fall der teleologischen

<sup>185</sup> Zu diesen oben § 6 II 4 c) aa), III 4 c).

<sup>186</sup> Dazu oben § 6 IV 2, IV 4 a) bb).

<sup>187</sup> Das bleibt auch dann richtig, wenn die mit der Kompensation betraute Anforderung des Verwaltungsverfahrens in einem Richtervorbehalt besteht und damit gerade in der Einbeziehung einer richterlichen Entscheidung. Seinen Grund hat das darin, dass es bei Richtervorhalten „funktional“ nicht um die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall, sondern um Ausübung vollziehender Gewalt“ geht (*E. Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 177 [Stand: 92. Erg.-Lfg. August 2020]), die auch verfahrensmäßig nicht den Anforderungen der Art. 92, 96f. GG entspricht, weil auf die Gewährung rechtlichen Gehörs häufig verzichtet wird (so auch BVerfGE 107, 395 [406]).

Reduktion) bzw. zu eng (im Fall der Analogie) geraten ist. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG hingegen verortet die der Erfüllungslösung im Weg stehende Beschränkung auf den Rechtsschutz durch Gerichte gerade nicht im Tatbestand der Norm („Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt“), sondern eindeutig auf der Rechtsfolgenseite („so steht ihm der Rechtsweg offen“). Entscheidender noch spricht gegen eine entsprechende Fortbildung jedoch, dass beide anerkannten Rechtsfortbildungsmethoden ihre Rechtfertigung gerade daraus ziehen, dass die Intention, der Grund oder Zweck der fortgebildeten Norm andernfalls gar nicht oder nur unvollständig zur Geltung gelangte. Das zentrale Argument für die Möglichkeit von Rechtsschutzkompensationen begnügt sich hingegen mit der Überlegung, dass der Zweck des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf behördlicher Ebene ebenso gut erreicht werden kann wie im Gerichtsverfahren, ohne notwendigerweise vorauszusetzen, dass es (objektiv) ausgeschlossen wäre, die von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verfolgten Ziele auch in diesem zu verwirklichen. Da für die (seltenen) Fälle, die dieser Form der Unmöglichkeit nahekommen (etwa die Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen, die maßgeblich von ihrem im Gerichtsverfahren nicht umfänglich reproduzierbaren Kontext abhängen), ohnehin bereits der Grundsatz der Gewaltenteilung dafür streitet, die Entscheidung bei der Verwaltung zu belassen,<sup>188</sup> bedarf es für sie indes keiner (auf Rechtsfortbildungen gestützten) Kompensation. In den verbleibenden Konstellationen hingegen vermittelt der Zweck des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG keine Rechtfertigung für eine entsprechende Rechtsfortbildung. Auch die Erfüllungslösung eignet sich somit nicht dafür, die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens in die Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu integrieren.

*cc) Eingriffslösung: Verfahrensgestaltung als eingriffsmildernder Umstand*

Vor dem Hintergrund dieser Negativdiagnosen mag der Vorschlag *Florian Gonsior*, die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens erst auf Eingriffsebene zu berücksichtigen und den funktionalen Gleichlauf von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren als Umstand zu bewerten, dessen Hinzutreten das Gewicht von Eingriffen in die Rechtsschutzgarantie abmildert,<sup>189</sup> zunächst vielversprechend wirken. Bei näherem Hinsehen hält indes auch er nicht, was er verspricht – und das aus dem recht einfachen Grund, dass die Abmilderung des Eingriffsgewichts, für die *Gonsior* plädiert, letztlich einer (Teil-)Erfüllung der Rechtsschutzgarantie gleichkommt und daher denselben Einwänden begegnet wie die soeben skizzierte Erfüllungslösung. Insoweit die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens die Schwere von Rechtsschutzbeeinträchtigungen reduziert, lässt sie den Eingriff (teilweise) entfallen, was im Ergebnis aber nichts anderes

<sup>188</sup> Siehe dazu oben § 5 IV 2 b) bb) (3) sowie noch sogleich unten § 6 IV 4 c) dd) mit Fn. 191.

<sup>189</sup> *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 162.

bedeutet, als dass die Vorgaben der Rechtsschutzgarantie gewahrt sind: Weil (jedenfalls für die staatlich zu gewährleistende Rechtsschutzgarantie) Eingriff und Nicht-Erfüllung dasselbe sind, kommt die Reduktion des Eingriffsgewichts stets der (partiellen) Normerfüllung gleich. Besonders gut erkennen lässt sich das an dem Fall, in dem Verwaltungs- und Gerichtsverfahren völlig gleichwertig sind und in dem daher selbst die Beeinträchtigung der Rechtsschutzgarantie, die aus der vollständigen Nichtgewährung gerichtlichen Rechtsschutzes resultierte, durch das Verwaltungsverfahren nivelliert werden könnte. Obwohl das primäre Gebot der Rechtsschutzgarantie, Gerichtsschutz zu gewähren, in diesem Fall völlig unerfüllt bliebe, fehlte es im Ergebnis an einem Eingriff, der gerechtfertigt werden müsste. Das Verwaltungsverfahren als eingriffsmildern- den Umstand zu berücksichtigen, ist daher letztlich nicht von seiner Anerkennung als alternativer Erfüllungsmodus zu unterscheiden. Ebenso wie diese überzeugt daher auch jene nicht.

*dd) Rechtfertigungslösung: Verfahrensgestaltung als Rechtfertigungsgrund*

Was bleibt, ist demnach einzig die Option, die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens als Element der Rechtfertigung in die Prüfung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu integrieren. Eine solche Rechtfertigungslösung klingt namentlich bei *Jürgen Schwarze* an. Unter Berufung auf das im Grundsatz der Gewaltenteilung verankerte Prinzip organadäquater Aufgabenzuweisung hält *Schwarze* „Beschränkung[en] von Intensität und Ausmaß der nachträglichen Gerichtskontrolle“ dann für gerechtfertigt, wenn diese „mit Rücksicht auf die Beachtung geeigneter Sicherungen bereits im Verwaltungsverfahren erfolgt[en]“, das Verwaltungsverfahren also „einen weiterreichenden und eher erfolgversprechenden rechtlichen Schutz für die Betroffenen“ leiste.<sup>190</sup> Vermittelt über das dem Gewaltenteilungsgrundsatz eigene Interesse an effizienter Aufgabenallokation weist dieser Ansatz der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens folglich auf Rechtfertigungsebene Bedeutung zu, wenn und weil erst die Rücknahme des Entscheidungszugriffs der Gerichte es ermöglicht, die der Rechtsschutzgarantie entsprechenden Effekte des Verwaltungsverfahrens zur Wirkung gelangen zu lassen.

Im Vergleich zu Erfüllungs- und Eingriffslösung hat die so umrissene Konstruktion den Charme, dass ihr die tatbestandliche Fokussierung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf den Rechtsschutz durch Gerichte nicht im Wege steht. Denn indem sie die Wirkungen des Verwaltungsverfahrens als Rechtfertigungselement konzipiert, erkennt sie zum einen unmittelbar an, dass die eigentliche Forderung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, nämlich diejenige nach gerichtlichem Rechtsschutz, nur unzureichend erfüllt wird. Zum anderen muss sie sich auch nicht an eben dieser Forderung messen lassen, weil ihre Verortung auf Rechtfertigungs-

<sup>190</sup> *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 57.

ebene klar zu erkennen gibt, dass sie das Anliegen, gerade Rechtsschutz durch Gerichte zu gewährleisten, nicht fördert, sondern ihm entgegensteht.

Der damit zugleich in Erinnerung gerufene Befund, dass Rechtfertigungslagen Normkollisionen voraussetzen, weil sie stets das Dilemma kennzeichnet, ein Verfassungsprinzip nur auf Kosten eines anderen verwirklichen zu können, schränkt die Möglichkeit, Defizite des gerichtlichen Rechtsschutzes über den Verweis auf geeignete Verwaltungsverfahren auszugleichen, allerdings merklich ein. Denn der die Beeinträchtigungen der Rechtsschutzgarantie rechtfertigende Konflikt mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz entsteht erst dann, wenn das Verwaltungsverfahren im konkreten Fall die größeren Rechtsschutzeffekte verspricht, das letzte Wort der Gerichte es aber ausschliesse, diese zu realisieren. Lässt das Verwaltungsverfahren hingegen einen dem Gerichtsverfahren lediglich gleichwertigen Schutz erhoffen, fehlt es an der demnach erforderlichen Kollisionslage, weil auch das gerichtliche Verfahren die von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG intendierten Wirkungen sicherstellt und sich das Anliegen, die gerichtliche Kontrolle einzuschränken, somit auch nicht auf das dem Gewaltenteilungsgrundsatz immanente Interesse an einer effizienten Entscheidungsallokation berufen kann. Nicht ohne Grund beschränkt sich *Schwarze* denn auch selbst auf Fälle, in denen das Verwaltungsverfahren die dem gerichtlichen Verfahren eigenen Rechtsschutzzwecke nicht nur ebenso gut, sondern sogar besser erfüllen kann als dieses selbst.<sup>191</sup>

Die Bedingungen, unter denen diese Rechtfertigungslösung Raum dafür lässt, Defizite des nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG geforderten gerichtlichen Rechtsschutzes durch Verwaltungsverfahren auszugleichen, sind damit bei näherem Hinsehen allerdings noch keinesfalls abschließend umschrieben. Denn zwar kommt eine entsprechende Kompensation – wie soeben gesehen – nur dann in Betracht, wenn das Verwaltungsverfahren die der Rechtsschutzgarantie zugeschriebenen Zwecke zuverlässiger und besser zu erreichen vermag als eine Entscheidung durch die Gerichte selbst. Doch ist der Rechtsschutzausgleich durch Verwaltungsverfahren im Hinblick auf die Gründe für diese Überlegenheit an zwei weitere Bedingungen geknüpft, die erst in ihrem Zusammenwirken den Weg für eine Kompensation durch Verfahren frei machen. So setzt die kompensatorische Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG *erstens* voraus, dass die überlegene Eignung des Verwaltungsverfahrens (auch) darauf zurückgeht, dass die Leistungsfähigkeit der Gerichte im Hinblick auf die ihnen überantwortete Prüfung aller Rechts- und Tatsachenfragen ausnahmsweise hinter dem Normalmaß zurückbleibt, und zwar aus Grün-

---

<sup>191</sup> Angesichts der Tatsache, dass die Eignung für die Entscheidung hier an den eigenen Zwecken des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gemessen wird, ließe sich dieses Ergebnis auch über eine teleologische Erweiterung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG erreichen, mit der Folge, dass sich dieser jedenfalls in den Fällen, in denen der gerichtliche Rechtsschutz die ihm zgedachten Funktionen nur eingeschränkt erfüllen kann, auch durch ein entsprechendes Verwaltungsverfahren wahren ließe. Siehe dazu bereits oben § 6 IV 4 c) bb).

den, die gewissermaßen in der Natur der Sache liegen, also etwa auf Eigenarten der zur Entscheidung stehenden Sachverhaltskonstellation zurückgehen. Die gerichtliche Kontrolle von unwiederholbaren Prüfungsvorgängen, die sich im gerichtlichen Verfahren nicht reproduzieren lassen, aber auch die Überprüfung von Beamtenbewertungen, die auf den langjährigen und für das Gericht folglich nicht umfänglich zugänglichen Erfahrungen einer Vorgesetzten beruhen, mögen Beispiele hierfür darstellen. Einschränkungen der gerichtlichen Kontrollleistungen hingegen, die auf gesetzgeberische Entscheidungen, wie etwa auf die gesetzliche Immunität bestimmter Entscheidungen gegen gerichtliche Aufhebungen oder die gesetzliche Rücknahme der gerichtlichen Kontrollpflicht, zurückgehen, sind unter Verweis auf die Rechtsschutzeffekte des Verwaltungsverfahrens hingegen nicht auszugleichen. Im Vergleich zur Kompensation der entsprechenden Defizite durch das Verwaltungsverfahren stellte der Verzicht auf die entsprechenden Gesetzesregelungen schließlich stets das mildere Mittel dar. Denn wo die Leistungsfähigkeit der Rechtsschutzgarantie nicht bereits ohnehin eingeschränkt ist und sie daher ohne die entsprechenden gesetzlichen Beschränkungen auch nicht *per se* hinter derjenigen der Verwaltung zurückbliebe, lässt sich mit einem Verzicht auf diese nicht nur den Zwecken des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gleichermaßen Rechnung tragen, sondern zugleich auch der Vorgabe besser gerecht werden, dass die Gerichte und nicht die Verwaltung den verfassungsrechtlich garantierten Rechtsschutz zu leisten haben.

Zweitens ist die Rechtfertigungslösung auf Seiten des Verwaltungsverfahrens an die Voraussetzung gebunden, dass die überlegene Entscheidungseignung der Verwaltung gerade auf den Effekt von Verfahrensanforderungen zurückgeht, also auf die Wirkungen der Schritte, die der entscheidungsverantwortliche Verwaltungsträger auf dem Weg der Entscheidungsfindung zurücklegen muss, um eine entsprechende Rechtsschutzkompensation durch Verfahren zu ermöglichen. Nur wenn es gerade die Erfüllung kompensatorischer Verfahrenspflichten ist, die dazu führt, dass es der Verwaltung besser gelingt, die Zwecke des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu verwirklichen als den Gerichten, lässt sich der kompensatorische Effekt auch dem Verfahren zuschreiben. Hat die besondere Eignung der Verwaltung ihren Grund stattdessen in der organisatorischen Ausgestaltung oder den Erfahrungen, Wahrnehmungen oder der Expertise der entscheidungsverantwortlichen Personen, so spricht der Grundsatz der Gewaltenteilung zwar ebenfalls für die Beschränkung des Gerichtsschutzes und die Rechtfertigung der entsprechenden Beeinträchtigungen, doch fehlt es in diesen Fällen bereits an einer auszugleichenden Kompensationslage, weil der rechtfertigende Effekt des Gewaltenteilungsgrundsatzes die Rechtswidrigkeit der Rechtsschutzdefizite schon unabhängig vom Einfluss des Verwaltungsverfahrens entfallen lässt.<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> Vgl. dazu bereits oben § 5 IV 2 b) bb) (4).

Fälle, in denen alle drei dieser Bedingungen erfüllt sind, dürften schwer zu finden sein. Dennoch enthält die These, das Verwaltungsverfahren könne Rechtsschutzdefizite ausgleichen, demnach im Grundsatz einen richtigen Kern – so klein dieser auch sein mag. Anders als im Falle von Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt steht dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG allerdings ungeachtet dessen kein Wahlrecht zu, Defizite des gerichtlichen Rechtsschutzes beliebig hinzunehmen, wenn sie nur durch begleitende Anforderungen an das Verwaltungsverfahren aufgefangen werden. Denn wie gesehen, lassen sich Einschränkungen des Gerichtsschutzes, die auf gesetzgeberische Entscheidungen (wie die normative Ermächtigung zur Letztentscheidung) zurückzuführen sind, auch durch geeignete Ausgestaltungen des Verwaltungsverfahrens nicht ausgleichen. Nur in Fällen, in denen die Leistungsfähigkeit des Gerichtsschutzes ohnehin bereits eingeschränkt ist, erlaubt es Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG folglich, die Entscheidungsprärogative auf die Verwaltung zu übertragen, wenn deren Verfahren dafür Sorge trägt, dass die Zwecke des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG besser erfüllt werden als das gerichtliche Verfahren dies könnte.

### 5. Ergebnis

Die rechtlichen Grenzen für Rechtsschutzkompensationen sind, das lässt sich nach alledem festhalten, ausgesprochen eng. An der mangelnden Leistungsfähigkeit des Verfahrens liegt das indes nicht. Denn das, was Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG in den gesetzlich nicht abschließend determinierten Bereichen des Rechts bei genauer Betrachtung intendiert – namentlich die Gewährleistung von Vorhersehbarkeit und Gleichheit, Willkürfreiheit und Neutralität – können auch Verfahrensanforderungen gewährleisten. Dass die Rechtsschutzgarantie sich auf die Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes konzentriert, lässt für die kompensatorische Berücksichtigung dieser Verfahrenswirkungen indes kaum Raum. Lediglich vermittelt über den dem Grundsatz der Gewaltenteilung immanenten Interesse an effizienten Entscheidungsstrukturen findet das Verwaltungsverfahren daher als Argument der Rechtfertigung in die Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG Eingang. Die Bedingungen, an die die entsprechende Berücksichtigung geknüpft ist, sind indes eng: Nur dort, wo das gerichtliche Verfahren erstens an natürliche Leistungsgrenzen stößt, das Verwaltungsverfahren die Zwecke des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zweitens besser erfüllen kann als das gerichtliche Verfahren und sich die überlegene Entscheidungseignung der Verwaltung drittens gerade aus dem zu beachtenden Entscheidungsverfahren und nicht bereits aus organisatorischen oder sonstigen Aspekten ergibt, bleibt Raum für eine Kompensation von Rechtsschutzdefiziten durch Verfahren.



V. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren  
im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG – oder:  
Lässt sich die Ewigkeitsgarantie prozeduralisieren?

In den Konstellationen, in denen Verfahrenspflichten nicht auf den Ausgleich von Schwächen des einfachen Gesetzesrechts zielen, sondern stattdessen Defizite des materiellen Verfassungsrechts kompensieren sollen, stellt sich die Frage nach Zulässigkeit und Grenzen prozeduraler Kompensationen zwar meist schon deshalb nicht, weil die vermeintlichen Mängel des materiellen Verfassungsrechts – wie bereits gesehen – angesichts der spärlichen Maßstäbe des Art. 79 Abs. 3 GG aus rechtlicher Perspektive kaum je einmal nach einem Ausgleich verlangen.<sup>193</sup> Doch zumindest die Unbestimmtheit des materiellen Verfassungsrechts kann sich, das jedenfalls legen die obigen Überlegungen nahe, im Lichte des änderungsfesten Verfassungskerns als rechtliches Defizit erweisen, wenngleich die Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG auch insofern derart stark zurückgenommen sind, dass die Anwendungsfälle wohl eher theoretischer Natur sein dürften. Doch so unwahrscheinlich derartige Fälle auch sein mögen, sofern das Recht auf Verfahrensanforderungen setzt, um die für diese Fälle kennzeichnenden Bestimmtheitsdefizite auszugleichen, bleibt die Frage: Darf es das? Die bisher behandelten Maßstäbe, namentlich das allgemeine Bestimmtheitsgebot, der Gesetzesvorbehalt oder die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, führen insofern nicht weiter. Stattdessen bilden die Bestimmtheitsanforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG selbst den vorrangigen Maßstab für Zulässigkeit und Grenzen derartiger Kompensationen, weil gerade er es ist, dessen Wertungen die auszugleichende Kompensationslage begründen und dessen Rechtswidrigkeitsurteil es im Wege prozeduraler Kompensation zu beseitigen gilt. Gelingt es dem Verfahren hingegen nicht, der im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG zunächst verfassungswidrigen Unbestimmtheit die Rechtswidrigkeit zu nehmen, weil Art. 79 Abs. 3 GG es entweder nicht erlaubt, die Ausgestaltung des Rechtsanwendungsverfahrens bei der Bildung der auf ihn gestützten normativen Urteile zu berücksichtigen, oder das Verfahren nicht den Anforderungen genügt, von denen Art. 79 Abs. 3 GG eine solche Berücksichtigung abhängig macht, so stößt die rechtliche Zulässigkeit des Ausgleichs schon deshalb an Grenzen, weil das ursprüngliche Rechtswidrigkeitsurteil fortbesteht. Die Unbestimmtheit schlicht hinzunehmen und stattdessen auf die Wirkungen des Verfahrens zu setzen, geriete dann mit Art. 79 Abs. 3 GG in Konflikt und der Unbestimmtheitskompensation durch Verfahren stünde die Ewigkeitsgarantie entgegen.

---

<sup>193</sup> Vgl. oben § 5 II 2 c) sowie § 5 IV 1 b) bb), IV 1 c) bb), IV 1 d) bb), IV 2 b) cc) (2), IV 2 c) dd) und zusammenfassend § 5 V.

Dass das tatsächlich so ist, sollen die folgenden Überlegungen belegen. Ausgehend von einer knappen Rekapitulation der einschlägigen Gehalte des Art. 79 Abs. 3 GG (dazu 1.) und knappen Vorüberlegungen zu deren Konkretisierungs-offenheit (dazu 2.), werfen sie einen kurzen Blick auf die bisherigen Ansätze im Umgang mit diesem Problem (dazu 3.) und zeigen schließlich, dass sich der in Art. 79 Abs. 3 GG verankerte Gehalt des Bestimmtheitsgebots zwar grundsätzlich für die Berücksichtigung von Verfahrensargumenten öffnen lässt, eine Kompensation von Bestimmtheitsdefiziten aber aus anderen Gründen ausscheidet (dazu 4.).

### *1. Rekapitulation: Der änderungsfeste Gehalt des Bestimmtheitsgebots*

Wie gesehen, gewährleistet die Ewigkeitsklausel die Bestimmtheit verfassungsändernder Normen lediglich insofern, als dies erforderlich ist, um zu verhindern, dass die Verfassungsbindung der staatlichen Gewalt leerläuft.<sup>194</sup> Da Art. 79 Abs. 3 GG über den Verweis auf die Grundsätze des Art. 20 GG auf diese Bezug nimmt, sie aber zahllos bliebe, wenn sich die Vorgaben der Verfassung als so unbestimmt erwiesen, dass selbst die Gerichte sie im Streitfall nicht mehr aktualisieren könnten, ist ein rudimentäres Bestimmtheitsgebot bereits in der Bindung an die Verfassung angelegt. Von Verfassungsnormen verlangt der vom Grundsatz der Verfassungsbindung mitumfasste Gehalt des Bestimmtheitsgebots angesichts dessen allerdings nicht mehr als ihre Justiziabilität. Schließlich droht ein Leerlauf der Verfassungsbindung erst dann, wenn es den Gerichten nicht mehr gelingt, den Bestimmungen der Verfassung überhaupt handhabbare Kontrollmaßstäbe zu entnehmen. Für die Frage, ob Verfassungsnormen ausreichend bestimmt sind, wird deren Fähigkeit, gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen, so zum zentralen Kriterium.

### *2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des änderungsfesten Gehalts des Bestimmtheitsgebots*

Ein zweiter Blick zeigt zudem schnell: Die teleologische Ausrichtung auf die Ermöglichung gerichtlicher Kontrolle bildet für die Konkretisierung des änderungsfesten Kerns des Bestimmtheitsgebots nicht nur den zentralen, sondern sogar den einzigen Maßstab. In Ermangelung einer ausdrücklichen Fixierung in Art. 79 Abs. 3 GG fehlt es dem Gebot hinreichender Normbestimmtheit insbesondere an einem verbindlichen Wortlaut, der seine Auslegung anleiten oder begrenzen könnte. Ebenso wie schon das allgemeine Bestimmtheitsgebot erweist sich demnach auch dessen änderungsfester Kern durchaus offen dafür, die mit ihm klassischerweise verbundene Forderung inhaltlich bestimmter Norm-

---

<sup>194</sup> Dazu ausführlich bereits oben § 5 IV 1 b) bb) (2).

formulierungen zu überdenken, zu ergänzen oder gar zu ersetzen. Auch der Einbeziehung prozeduraler Faktoren steht er damit nicht grundsätzlich entgegen, wenn sich auch durch sie die Kontrollierbarkeit der verfassungsrechtlichen Grenzen gewährleisten lässt.

### *3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG*

Dessen ungeachtet findet die Frage, ob auch solche Kompensationslagen durch Verfahren ausgeglichen werden können, deren Mangelhaftigkeit gerade daher rührt, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben hinter den Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG zurückbleiben, im Schrifttum bislang keine Beachtung. Der kursorische Hinweis darauf, bei der defizitbegründenden Norm dürfe es sich „nicht um eine absolute Rechtsposition handel[n], die keinerlei Abstriche erlaubt“,<sup>195</sup> wie das etwa für die Menschenwürdegarantie der Fall sei, lässt lediglich vermuten, dass im Schrifttum die Skepsis dominiert, soweit es um Defizitkompensation im Rahmen von Art. 79 Abs. 3 GG geht. Schließlich schützt auch Art. 79 Abs. 3 GG die in ihm in Bezug genommenen Grundsätze „ausnahmslos und absolut“, so dass „eine Rechtfertigung von Beeinträchtigungen [des in ihm geschützten] Verfassungskerns [...] von vorneherein ausgeschlossen“ ist.<sup>196</sup>

### *4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG?*

Bei näherem Hinsehen ist es indes nicht die vermeintliche Absolutheit des Art. 79 Abs. 3 GG, die dem prozeduralen Ausgleich von Bestimmtheitsdefiziten des materiellen Verfassungsrechts entgegensteht. Denn der oben (für den allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz und den Gesetzesvorbehalt) skizzierte Vorschlag, geeignete Verfahrensgestaltungen als alternativen Modus der Normerfüllung zu konzipieren,<sup>197</sup> belegt, dass eine kompensatorische Berücksichtigung der Ausgestaltung von Entscheidungsverfahren keinesfalls darauf angewiesen ist, dass die die Kompensationslage begründenden Normen Abstriche zulassen, die dann gerechtfertigt werden könnten. Vielmehr kann das Recht Kompensationen auch dadurch zulassen, dass es Verfahrensanforderungen als gleichwertigen Weg anerkennt, den Forderungen der Norm nachzukommen. Mit Abstrichen oder Beeinträchtigungen sind derartige Kompensationen nicht verbunden.

<sup>195</sup> F. Gonsior, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 204.

<sup>196</sup> J. Dietlein, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, Art. 79 Rn. 21.

<sup>197</sup> Oben § 6 II 4 c) cc), III 4 c).

a) *Normativer Maßstab: Die Teleologie des änderungsfesten Kerns des Bestimmtheitsgebots*

Auch der änderungsfeste Kern des Bestimmtheitsgebots ist für solche alternativen Erfüllungsmodi durchaus offen. Wie gesehen, verdankt er seine Konturen einzig teleologischen Erwägungen; einen verbindlichen Wortlaut, der ihn auf die Forderung inhaltlicher Normbestimmtheit festlegen könnte, besitzt er hingegen nicht und auch die Systematik des Grundgesetzes gibt nicht zu erkennen, dass es zur Effektivierung der in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Verfassungsbindung erforderlich wäre, gerade hinreichend bestimmte *materiell-rechtliche* Verfassungsvorgaben zu verlangen. Vielmehr bildet das Interesse an der Justiziabilität, also der gerichtlichen Kontrollierbarkeit der Grenzen, die die Verfassung setzt, den entscheidenden Maßstab für seine Konkretisierung. Sofern Verfahrensorderungen eben diese sicherstellen können, spricht daher im Grundsatz nichts dagegen, auch sie im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG mit erfüllender Wirkung zu berücksichtigen.

b) *Tatsächliche Voraussetzung: Zweckförderung durch Verfahren*

Der Beitrag, den Verfahrensorderungen hierzu leisten können, ist bei näherem Hinsehen allerdings begrenzt. Zwar werden – wie gesehen – vor allem Konzept- und Begründungspflichten vielfach mit dem Ziel verbunden, durch sie eine gerichtliche Kontrolle des materiell nur schwach angeleiteten Staatshandelns erst möglich zu machen.<sup>198</sup> Doch stellt der Kontext des Art. 79 Abs. 3 GG die Leistungsfähigkeit dieser Verfahrensorderungen vor besondere Herausforderungen.

Für Konzeptpflichten zeigt sich das besonders deutlich. So lässt sich ihnen zwar kaum absprechen, auch im Hinblick auf die Kontrollierbarkeit des Staatshandels dem materiellen Steuerungsmodus des Bestimmtheitsgrundsatzes besonders nahe zu kommen. Denn indem sie die rechtsanwendenden Stellen dazu verpflichten, unbestimmte Normprogramme durch die – gerichtlich überprüfbare – Selbstbindung an konkretisierende Kriterien oder Vorgaben nachzuverdichten, erzeugt ihre Erfüllung ergänzende Kontrollmaßstäbe, die es den Gerichten erlauben, dem Staatshandeln auch in den Bereichen klare Grenzen zu ziehen, in denen sich die rechtsanwendenden Stellen selbst zunächst nur unklaren Vorgaben gegenübersehen. Doch bei näherem Hinsehen ist es gerade dieser Anspruch, gerichtliche Kontrolle durch die Konkretisierung unbestimmter Normvorgaben zu ermöglichen, der Konzeptpflichten bei dem Versuch, *prima facie* verfassungswidrige Unbestimmtheiten des Grundgesetzes auszugleichen, an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit stoßen lässt. Denn das dabei vorausgesetzte Konkretisierungsverhältnis zwischen den konkretisierenden Konzept-

---

<sup>198</sup> Vgl. dazu oben § 4 II 2, II 5 a) sowie soeben § 6 II 4 b) bb).

vorgaben und der konkretisierten Verfassungsnorm setzt voraus, dass sich der Inhalt letzterer im Wege der Auslegung jedenfalls genau genug bestimmen lässt, um festzustellen, ob das konkretisierende Konzept sich innerhalb des ihm vorgegebenen Rahmens bewegt und seine Vorgaben wirklich das konkretisieren, was die Verfassungsnorm nur vage vorgibt. Ohne dass bereits das Verfassungsrecht selbst Anhaltspunkte für die Inhaltsbestimmung der zu konkretisierenden Norm vorhält, gelingt dies nicht. In den hier interessierenden Kompensationskonstellationen fehlt es allerdings genau hieran, weil die Unbestimmtheit des materiellen Verfassungsrechts erst dort der Kompensation bedarf, wo auch die Gerichte entsprechende Anhaltspunkte nicht mehr auszumachen vermögen.<sup>199</sup> Zur Kompensation derart extremer – ja, möglicherweise gar eher theoretischer – Unbestimmtheiten eignen sich Konzeptpflichten somit deshalb nicht, weil ihr Verhältnis zu den unbestimmten Verfassungsnormen, deren Justiziabilität sie sicherstellen sollen, unklar bleibt.

Nun mag man einwenden, ein solcher inhaltlicher Bezug sei keinesfalls notwendig, weil die Forderung nach Justiziabilität letztlich lediglich zum Ziel habe, den von der Verfassungsbindung des Staates beabsichtigten Schutz vor staatlicher Beliebigkeit und Willkür<sup>200</sup> im Ernstfall gerichtlich durchsetzen zu können. Weil sich dieser Schutz auch unabhängig von konkreten inhaltlichen Bezügen zwischen konkretisierter und zu konkretisierender Norm erreichen lasse, könnten auch materielle Konzeptvorgaben zu seiner Verwirklichung beitragen. Doch selbst wenn man das einräumt, verliert die für Konzeptpflichten typische Logik, die gerichtliche Kontrolle durch die Selbstbindung an ergänzende Maßstäbe zu ermöglichen, auf Verfassungsebene aus zwei Gründen zumindest erheblich an Attraktivität. Erstens, weil die Identität von verfassungsänderndem und einfachem Gesetzgeber es verhindert, die für administrative Konzeptpflichten typischen Flexibilisierungsvorteile auch im Verfassungsrecht abzubilden. Nicht nur hätten gesetzliche Konzepte, die unbestimmte Verfassungsnormen konkretisieren, denselben räumlichen wie sachlichen Geltungsbereich, sodass gesetzgeberische Konzeptpflichten es auch nicht ermöglichen, kontextsensitivere Regelungen zu treffen, als dies die konkretisierten Verfassungsnormen selbst könnten. Und zweitens muss die Tatsache, dass die gesetzgeberischen Konzepte gerade das materielle Verfassungsrecht nachverdichten und dabei zugleich dessen normhierarchisch herausgehobene Stellung teilen, richtigerweise zur Folge haben, dass auch der Erlass der Konzepte den erhöhten Mehrheitserfordernissen des Art. 79 Abs. 2 GG unterliegt. Andernfalls ließe sich dieser allzu leicht umgehen.<sup>201</sup> Dann aber verspricht die Auslagerung konkreter Vorgaben auf die Konzeptebene nicht nur aus Sicht der politischen Praxis

<sup>199</sup> Oben § 5 IV 1 b) bb) (2).

<sup>200</sup> Zu diesem Zweck der Verfassungsbindung *U. Scheuner*, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags, Bd. 2, 1960, S. 229 (249f.).

<sup>201</sup> Der insofern von *K. Maciejewski*, in: H. Rensen/S. Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtspre-*

keinen Vorteil mehr, weil sich für den Konzepterlass dieselben Personen wie im Fall einer Verfassungsänderung mit denselben Mehrheiten wie im Fall einer Verfassungsänderung auf eine Regelung einigen müssten, die schließlich dieselben Wirkungen wie im Fall einer Verfassungsänderung erzeugte. Auch wird die Einstufung derartiger Konzeptpflichten als Strategie *prozeduraler* Kompensation zweifelhaft, weil ihr Verfahrensbezug letztlich darauf begrenzt ist, die zu unbestimmte Verfassungsnorm zu einem späteren Zeitpunkt, aber in einem gleichlaufenden Verfahren durch eine hinreichend bestimmte Norm zu ergänzen. Ohne jeglichen inhaltlichen Bezug zwischen beiden stünde letztere dann aber lediglich unverbunden neben der ersten, sodass letztlich völlig unklar bliebe, wie und weshalb sie deren Unbestimmtheit heilen soll.

Die Hoffnung, die Kontrollierbarkeit unbestimmter materiell-rechtlicher Vorgaben prozedural gewährleisten zu können, ruht angesichts dessen vor allem auf Begründungspflichten. Wie sich im Rahmen der Diskussion des allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes bereits gezeigt hat, tragen diese zur Kontrollierbarkeit staatlichen Handelns vor allem dann und dadurch bei, dass sie den Gerichten Einblick in Ablauf und Inhalt des (inneren) Entscheidungsverfahrens geben und es ihnen so ermöglichen, die Einhaltung prozeduraler Kontrollstandards zu überprüfen. Da die Forderung nach Justiziabilität letztlich darauf zielt, den von der Rechtsbindung des Staates beabsichtigten Schutz vor staatlicher Beliebigkeit und Willkür im Ernstfall gerichtlich durchsetzen zu können, tun sie dies allerdings nur insofern, als die Verfahrensanforderungen, deren Kontrollierbarkeit sie ermöglichen, dem Handeln des Staates ihrerseits wirksame Grenzen setzen und auf diese Weise staatlicher Willkür entgegenwirken. Ausweislich der Befunde aus der psychologischen Forschung versprechen sowohl Begründungspflichten als auch die beratende Einbeziehung von Sachverständigen oder Expertengremien einen solchen disziplinierenden Effekt.<sup>202</sup> Klare, unüberwindbare und im Streitfall gerichtlich durchsetzbare Grenzen ziehen indes auch sie nicht, weil ihre Wirkung lediglich auf weichen, faktisch-vermittelten Lenkungseffekten beruht, die einseitige Entscheidungen und willkürliche, sachfremde Erwägungen zwar unwahrscheinlicher machen, aber nicht ausschließen können. Im Unterschied zu selbst noch so vagen materiell-rechtlichen Vorgaben definieren sie daher keine äußere Grenze, deren Einhaltung die Gerichte im Streitfall sicherstellen könnten. Der Versuch, Bestimmtheitsdefizite der Verfassung über Begründungspflichten auszugleichen, ginge daher mit einer Prozeduralisierung der Verfassungsbindung einher, die deren Ziel, der staatlichen Beliebigkeit Grenzen zu setzen, nicht gleichermaßen gerecht wird, wie dies für materiell-rechtliche Vorgaben der Fall ist.

---

chung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, 2009, S. 391 (402) geforderten Verfassungsänderung bedarf es hierfür daher nicht.

<sup>202</sup> Siehe dazu oben § 4 II 5 b) bb) (1), V 5.

### 5. Ergebnis

Insgesamt bleibt der Befund daher ernüchternd: Auch wenn Art. 79 Abs. 3 GG im Grundsatz keine zwingenden Vorgaben enthält, die einer Prozeduralisierung des in ihm enthaltenen rudimentären Bestimmtheitsgebots entgegenstehen, erweist sich die prozedurale Kompensationen von verfassungswidrigen Bestimmtheitsdefiziten grundgesetzlicher Normen im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG doch als unzulässig. Da es an Verfahrensanforderungen fehlt, die die mangelnde Justiziabilität und Kontrollierbarkeit, die mit derart unbestimmten Normen einhergeht, voll ausgleichen könnten, verbietet Art. 79 Abs. 3 GG es selbst dann, entsprechende Unbestimmtheiten des materiellen Verfassungsrechts hinzunehmen, wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber diese um prozedurale Anforderungen ergänzt. Schon aus Rechtsgründen bleibt für einen verfahrensgestützten Ausgleich verfassungsrechtlicher Kompensationslagen angesichts dessen kein Raum.

## VI. Sonstige Zulässigkeitsgrenzen prozeduraler Kompensationen?

Jenseits der Normen, die die jeweils auszugleichende Kompensationslage begründen, ist der Versuch, materiell-rechtliche Defizite durch Verfahrensanforderungen auszugleichen, freilich ebenfalls nicht gegen rechtliche Einwände gefeit. Denn an Grenzen stößt die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren auch dann, wenn die mit dem Ausgleich betrauten Verfahrenspflichten zwar die ursprüngliche Kompensationslage beheben, doch dabei mit anderen Grundsätzen der Verfassung (oder des überstaatlichen Rechts) in Konflikt geraten. Oder anders formuliert: Sofern sich die Verfahrenspflichten, mit denen sich die Kompensationshoffnungen verbinden, bereits für sich betrachtet – also unabhängig von ihrem Ausgleichsanliegen – als rechtlich unzulässig erweisen, steht dies auch ihrem Einsatz als Kompensationsmittel entgegen. Ihre Rechtswidrigkeit hat die Unzulässigkeit all der Kompensationen zur Folge, die auf ihnen aufbauen.

Während die verwaltungsrechtlichen Verfahrensanforderungen, denen Kompensationsabsichten zugesprochen werden, insofern soweit ersichtlich überhaupt nicht problematisiert werden (dazu 1.), begegnen dieselben Verfahrensanforderungen teils erheblicher verfassungsrechtlicher Kritik, sofern sie im Gesetzgebungsverfahren zum Einsatz kommen (dazu 2.). Im Ergebnis greift indes auch diese Kritik nicht durch. Zulässigkeit und Grenzen prozeduraler Kompensationen bemessen sich angesichts dessen einzig an den Normen, die das auszugleichende Defizit begründen (dazu 3.).

### 1. Rechtliche Einwände gegen kompensatorische Anforderungen an das Verwaltungsverfahren

Die für das Verwaltungsrecht ausgemachten Verfahrenspflichten mit Kompensationsanspruch werfen jenseits der Normen, deren defizitäre Erfüllung sie auszugleichen beanspruchen, keine verfassungsrechtlichen Probleme auf. Grundrechtliche Grenzen berühren sie nicht, weil sie allein staatliche Stellen in die Pflicht nehmen, den grundrechtsberechtigten Bürgern hingegen allenfalls (Beteiligungs-)Rechte einräumen und ihren Rechtskreis so erweitern, nicht beschneiden. Mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung geraten sie nicht in Konflikt, weil es erstens nicht die ausgleichenden Verfahrenspflichten, sondern die auszugleichenden Unbestimmtheiten des materiellen Rechts sind, die die gesetzgeberische Aufgabe, durch abstrakt-generelle Maßstabsbildung für einen allgemeinen Interessenausgleich zu sorgen, auf die Verwaltung verlagern;<sup>203</sup> und weil zweitens die bereits besprochenen Grundsätze der Normbestimmtheit und des Gesetzesvorbehalts den damit verbundenen Aufgabenverschiebungen zwischen erster und zweiter Gewalt hinreichend klare und abschließende Grenzen setzen.<sup>204</sup> Und auch unter rechtsstaatlichen Aspekten stellen kompensatorische Verfahrenspflichten allenfalls vor das Problem, dass sie die Komplexität des Entscheidungsverfahrens steigern und so längere Verfahrensdauern befürchten lassen. Doch auch wenn insofern neben dem grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzip<sup>205</sup> etwa die in Art. 41 EU-GRCh aufgegangenen allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts an die Notwendigkeit erinnern, verwaltungsrechtliche Angelegenheiten „innerhalb einer angemessenen Frist“ zu behandeln,<sup>206</sup> so ist im Hinblick auf die Angemessenheit der Verfahrensdauer doch gerade zu berücksichtigen, dass kompensatorische Verfahrensanforderungen

<sup>203</sup> Vgl. zu diesen Verschiebungen *T. Barczak*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. III, 2022, § 86 Rn. 9; *P. Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, S. 397; im spezifischen Kontext gesetzlicher Finalprogramme auch *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 291 (300); *ders.*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 613 (637); siehe ferner *dens.*, *NVwZ* 1985, S. 865 (867); vgl. auch *W. Hoffmann-Riem*, *AöR* 130 (2005), S. 5 (16f.).

<sup>204</sup> So bereits oben § 5 IV 1 d).

<sup>205</sup> Dass die Dauer von Verwaltungsverfahren ein rechtsstaatliches Problem darstellen kann, wird im nationalrechtlichen Kontext erstaunlich selten thematisiert; für eine entsprechende Verortung im Rechtsstaatsprinzip aber offenbar *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEU*, 6. Aufl. 2022, Art. 41 EU-GRCh Rn. 9.

<sup>206</sup> Ausweislich seines klaren Wortlauts – und insofern enger als Art. 51 GRCh dies erwarten ließe – findet Art. 41 EU-GRCh nicht auf Verfahren in den Mitgliedstaaten Anwendung (*H. D. Jarass*, *Charta der Grundrechte der EU*, 4. Aufl. 2021, Art. 41 Rn. 10; *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], *EUV/AEU*, 6. Aufl. 2022, Art. 41 EU-GRCh Rn. 9; *J. Saurer*, *Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht*, 2014, S. 139f.; differenzierend hingegen *D.-U. Galetta/B. Grzeszick*, in: Stern/Sachs [Hrsg.], *Europäische Grundrechte-Charta. Kommentar*, 2016, Art. 41 Rn. 18 ff.). Da er aber lediglich einem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts Ausdruck verleiht, ist sein sachlicher Gehalt auch auf mitgliedstaatliche



vor allem in Konstellationen ihren Platz haben, die das materielle Recht nur schwach vorzeichnet und deren Entscheidung gerade deshalb erhöhte Schwierigkeiten aufweist. Dass die Verfahrensanforderungen dabei zugleich die eigentlich dem materiellen Recht zugedachten Funktionen übernehmen, lässt sich dabei zudem als Sachgrund berücksichtigen, der eventuelle Abstriche bei der Entscheidungsdauer gerechtfertigt erscheinen lässt.<sup>207</sup>

## 2. Rechtliche Einwände gegen kompensatorische Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren

Für die Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren, die die Defizite des materiellen Verfassungsrechts ausgleichen sollen, fällt diese Beurteilung im Schrifttum vielfach weniger günstig aus.<sup>208</sup> Ausgehend von der inzwischen weit verzweigten Debatte darüber, welchen Rationalitätsanforderungen die parlamentarische Gesetzgebung unterliegt, wird ihnen aus unterschiedlichen Erwägungen heraus – neben einigen weniger grundsätzlichen Bedenken<sup>209</sup> – mal das Demokratieprinzip (dazu lit. a), mal der Grundsatz der Gewaltenteilung (dazu lit. b) entgegengehalten. Durchweg zu überzeugen vermögen diese Einwände indes nicht. Den obigen Befund, dass die Kompensation von Defiziten des materiellen Verfassungsrechts selbst dort, wo es ihrer bedarf, schon im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG unzulässig ist, entkräftet das freilich nicht. Um das Panorama abzurunden, soll dennoch ein knapper Blick auf die entsprechenden Einwände geworfen werden.

### a) Das Demokratieprinzip als Grenze von Verfahrensanforderungen an den Gesetzgeber

Die Gesetzgebung an rationalisierende Verfahrensstandards, wie Sachverhaltsermittlungs-, Abwägungs- oder Begründungspflichten, zu binden, übersehe, so lassen sich die mit dem Demokratieprinzip verbundenen Einwände zusammenfassen, dass gesetzgeberische Entscheidungen ihre „unhintergehbare Letztbegründung“<sup>210</sup> in der durch Wahl vermittelten Legitimation des Parlaments fin-

---

Verwaltungsverfahren anwendbar (so in Bezug auf das Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer EuGH, Urt. v. 13.11.2014, Rs. C-447/13 – Nencini, Rn. 38).

<sup>207</sup> Die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen Rechtfertigung aus „trifftigen Gründen“ für Art. 41 EU-GRCh anerkennend EuGH, Urt. v. 24.11.1987, Rs. C-223/85 – RSV, Rn. 14.

<sup>208</sup> Siehe aus den vielen Stimmen, die sich kritisch mit Anforderungen an das innere Gesetzgebungsverfahren auseinandersetzen, etwa *M. Cornils*, DVBl. 2011, S. 1053 (1058 ff.); *P. Dann*, Der Staat 49 (2010), S. 630 (637 und öfter); *T. Hebel*, DÖV 2010, S. 754 (759 ff.); *G. Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), S. 7 (13 ff., zuzs. 43); *H.-J. Mengel*, ZG 5 (1990), S. 193 (207 ff.).

<sup>209</sup> Guter Überblick über die gesamte Diskussion bei *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 342 ff., dem auch die folgende Darstellung in Teilen folgt.

<sup>210</sup> *C. Waldhoff*, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 325 (334).

den. Mit der Tatsache, dass das parlamentarische Handeln angesichts dessen bereits aus sich heraus eine besondere Legitimationskraft entfalte,<sup>211</sup> sei der Versuch, gesetzgeberische Entscheidungen über Verfahrensanforderungen an Standards der Sachrichtigkeit und „Fachrationalität“<sup>212</sup> zu binden, aber nicht in Einklang zu bringen.<sup>213</sup> Er gerate mit der vom Demokratieprinzip gebilligten, ja in ihm angelegten „politischen Rationalität“<sup>214</sup> gesetzgeberischen Handelns in Konflikt, nach der Gesetzgebung auf die kreativ-schöpferische Ausgestaltung von Spielräumen angelegt und gerade deshalb als Entscheidungs- und nicht als Erkenntnisverfahren zu verstehen sei,<sup>215</sup> das neben dem opportunistischen<sup>216</sup> Streben nach Macht<sup>217</sup> vor allem durch die Notwendigkeit geprägt sei, politische Kompromisse zu erzielen.<sup>218</sup> Vermittelt über das Demokratieprinzip wird – wie *Arno Wieckhorst* treffend formuliert – „das dezisionistische, gar das irrationale Moment der Demokratie“ in diesem Einwand „mit verfassungsrechtlichen Weihen versehen“.<sup>219</sup>

<sup>211</sup> Dazu *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 367.

<sup>212</sup> *G. Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), S. 7 (15).

<sup>213</sup> Auf das Spannungsverhältnis zwischen hinreichender Legitimation des Parlaments und (der verfassungsrechtlichen Begründbarkeit von) gesetzgeberischen Verfahrensanforderungen wird vor allem im Zusammenhang mit legislativen Begründungspflichten abgestellt, vgl. etwa die entsprechende Kritik bei *C. Waldhoff*, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 325 (334); ihm folgend *K.-A. Schwarz/C. Bravidor*, JZ 2011, S. 653 (657); besonders deutlich insofern *V. Mehde/S. Hanke*, ZG 25 (2010), S. 381 (383 f.), die argumentieren, bei einer gesetzgeberischen Entscheidung handele es sich um einen „politischen Willensakt [...], der nicht rational nachprüfbar ist“, und zwar gerade deshalb, weil er seine Letztbegründung in der demokratischen Legitimation des Parlaments finde.

<sup>214</sup> *G. Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), S. 7 (15); ausführlich dazu *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 37 ff.

<sup>215</sup> In diesem Sinne mit leicht unterschiedlichen Nuancen etwa *P. Dann*, Der Staat 49 (2010), S. 630 (640 f.); *C. Gusy*, ZRP 1985, S. 291 (298); *V. Mehde/S. Hanke*, ZG 25 (2010), S. 381 (383); deduktiv-subsumierendes Vorgehen von Exekutive und Judikative vs. induktives Vorgehen der Legislative; *K.-A. Schwarz/C. Bravidor*, JZ 2011, S. 653 (657): Rechtsbindung von Exekutive und Judikative vs. Gestaltungsfreiheit der Legislative; *S. Rose-Ackerman/S. Egidy/J. Fowkes*, Due Process of Lawmaking, 2015, S. 187, 189; *C. Waldhoff*, in: Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 325 (332 f.); zum Konflikt zwischen „politischer und legislatorischer Rationalität“ auch *G. F. Schuppert*, Gute Gesetzgebung, 2003, S. 14, 16 f.

<sup>216</sup> *A. Steinbach*, Der Staat 54 (2015), S. 267 (288); vgl. auch *dens.*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 41.

<sup>217</sup> *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 831; *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 37.

<sup>218</sup> Dass Gesetzgebung auf politische Kompromissbildung angelegt ist, betont nachdrücklich etwa *B.-O. Bryde* in seinem Sondervotum zur Nichtraucherenschutz-Entscheidung des BVerfG in BVerfGE 121, 317 (380 f.); siehe ferner *C. Gusy*, ZRP 1985, S. 291 (298), *W. Höfling/A. Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 34 Rn. 6; *U. Kischel*, in: Festschrift für P. Kirchhof, Bd. I, 2013, § 34 Rn. 18; *S. Rose-Ackerman/S. Egidy/J. Fowkes*, Due Process of Lawmaking, 2015, S. 187; *H. Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 404 ff.; eingehend auch *ders.*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, 1988, S. 290; siehe auch *H. Tappe*, JZ 2016, S. 27 (33): „Kompromisscharakter [...] als typisches Ergebnis demokratischer Willensbildung“.

<sup>219</sup> *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 366 f.; in diesem

Freilich kommt die Gegenüberstellung von politischer Rationalität der Legislative und rechtlich gebundener Fachrationalität der Exekutive, auf die diese Kritik aufbaut, etwas plump daher. Denn einerseits sind Spielräume, in denen sich politische Erwägungen Bahn brechen können, nicht nur für die Legislative kennzeichnend, weil auch die rechtliche Bindung der Exekutive (und auch diejenige der Judikative) die zu treffenden Entscheidungen keinesfalls restlos determiniert; und andererseits muss sich auch die Kompromissfindung der Legislative innerhalb des rechtlichen Rahmens bewegen, den das Grundgesetz, und insbesondere die Grundrechte, ihr vorzeichnet.<sup>220</sup> Angesichts dessen beruht die dichotome Gegenüberstellung von legislativem Entscheidungs- und exekutivem Erkenntnisverfahren zum einen auf der bestenfalls vergrößernden Vorstellung, es handele sich um kategorial klar zu trennende Konstellationen, obwohl sich beide nicht qualitativ, sondern allenfalls quantitativ, nämlich dem Grad ihrer Rechtsbindung nach unterscheiden. Zum anderen übersieht sie, dass selbst die mit dem Ausgleich materiell-rechtlicher Defizite bedachten Verfahrensanforderungen die Spielräume des Gesetzgebers keinesfalls derart verengen, dass für politische Kompromissbildung kein Raum mehr bliebe.<sup>221</sup>

Jenseits rechtlicher Bindungen mag bei realitätsgerechter Betrachtung zutreffen, dass Machbarkeit, Opportunismus und politische Kompromissfindung für die Entscheidungsfindung der Legislative eine wichtigere Rolle einnehmen, während Verwaltungsentscheidungen eher für sich in Anspruch nehmen, eine in der Sache überzeugende Regelung zu treffen. Dass das grundgesetzliche Demokratieprinzip es aber ausschließt, die Gesetzgebung prozeduralen Rationalitätsstandards zu unterwerfen, wie sie etwa in der Pflicht zur zutreffenden Sachverhaltsermittlung, zur Entscheidungsbegründung oder zur nachlaufenden Beobachtung gesetzgeberischer Entscheidungen zum Ausdruck kommen, belegt das nicht. Zwar trifft zu, dass die grundgesetzlichen Regelungen zum Gesetzgebungsverfahren solche Vorgaben nicht explizit vorsehen. Durchaus vorgesehen ist allerdings die Pflicht des Bundestages, im Vorfeld seiner Entscheidungen zu „verhandel[n]“ (Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG) und zu „beraten“ (Art. 76 Abs. 3 S. 6 GG). Und auch an die Bundesregierung richtet die Verfassung die Erwartung, dass sie bei der Weiterleitung von Gesetzesvorlagen des Bundesrats an den Bundestag „ihre Auffassung darleg[t]“ (Art. 76 Abs. 3 S. 2 GG). Es dürfte nicht zu weit gehen, aus diesen Vorgaben den Schluss zu ziehen, dass auch das Grundgesetz der Vorstellung anhängt, gesetzgeberische Entscheidungen beruhen auf

---

Sinne deutlich auch *G. Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), S. 7 (43), der festhält, „dass im demokratischen Prozess [...] auch Irrationalität mitangelegt ist“; nachdrücklich auch *U. Kischel*, in: Festschrift für P. Kirchhof, Bd. I, 2013, § 34 Rn. 17 unter Verweis auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG; vgl. ferner *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (63).

<sup>220</sup> Insofern zutreffend vermittelnd *W. Höfling/A. Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 34 Rn. 6.

<sup>221</sup> So auch *P. Axer*, in: Gedächtnisschrift für W. Brugger, 2013, S. 335 (347f.).

dem Austausch widerstreitender Argumente und Sachinformationen. Freilich muss man daraus nicht notwendigerweise – wie das mitunter aber durchaus getan wird<sup>222</sup> – folgern, die kompensatorischen und rationalitätsstiftenden Verfahrenspflichten seien schon deshalb verfassungsrechtlich unverzichtbar, weil der Bundestag verhandeln und beraten muss. Doch zeigen die entsprechenden Vorgaben zumindest, dass das Demokratiekonzept des Grundgesetzes sich stärker deliberativen Ansätzen nicht verschließt und daher auch keinesfalls darauf festgelegt ist, das Gesetzgebungsverfahren als bloßen, von Sachgründen losgelösten und allein an der politischen Kompromissbildung orientierten Entscheidungsprozess zu verstehen.<sup>223</sup> Insofern Beratungen, Verhandlungen und die Darlegung von Auffassungen darauf angelegt sind, im interpersonellen Austausch von Argumenten eine für alle akzeptable und damit gut begründbare Lösung zu finden, ist ihr Gelingen auf Informationen über die betroffenen Belange, einschlägiges Fachwissen und die Offenlegung der vorgenommenen Wertungen angewiesen, für die die kompensatorischen Verfahrensanforderungen gerade Rechnung tragen. Dass das Demokratieprinzip des Grundgesetzes derartigen Verfahrenspflichten kategorisch entgegensteht, ist angesichts dessen eine wenig plausible Deutung der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

*b) Der Grundsatz der Gewaltenteilung als Grenze von Verfahrensanforderungen an den Gesetzgeber*

In etwas anderer Deutung kehrt der soeben auf das Demokratieprinzip zurückgeführte Einwand, ergänzende Verfahrenspflichten gerieten mit der politischen Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens in Konflikt, auch im Kontext der auf den Gewaltenteilungsgrundsatz gestützten Bedenken wieder. Weil der Grundsatz der Gewaltenteilung die funktionsgerechte und organadäquate Aufgabenallokation in der Staatsorganisation verlange, die Gesetzgebung aber mit einer politischen Handlungsrationalität einhergehe, die für prozedurale Rationalitätsgewähr keinen Raum lasse, sei es, so lässt sich der entsprechende Einwand zuspitzen, mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht vereinbar, die Gesetz-

<sup>222</sup> So insbes. H. Gartz, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 214 ff.; siehe zum Versuch, Anforderungen an das innere Gesetzgebungsverfahren auf das Demokratieprinzip zu stützen, auch M. Möller, Spielräume, Prärogativen und Kontrolldichte in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, 2022, S. 124 ff. m. Nachw., der diesen allerdings selbst für nicht überzeugend hält.

<sup>223</sup> In diesem Sinne auch N. Petersen, JöR 58 (2010), S. 137 (168 ff.); vgl. im Hinblick auf gesetzgeberische Pflichten zur konsistenten Wirklichkeitserfassung auch L. O'Hara, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 229: „Jedenfalls wird man auch aus demokratischen Gründen kein legitimes Interesse daran begründen wollen, sich an falschen Tatsachen zu orientieren“. Tendenziell anders hingegen C. Möllers, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 5 Rn. 96: „wenig Anhaltspunkte für ein solches [gemeint ist ein deliberatives, J.R.] Modell“ sowie ebd., Rn. 99: „Im Ergebnis wird man dem Grundgesetz damit das Modell eines normativen Voluntarismus entnehmen können“.

gebungsorgane an prozedurale Vorgaben wie Ermittlungs-, Abwägungs-, Beteiligungs-, Begründungs- oder Beobachtungspflichten zu binden.<sup>224</sup> Ja mehr noch, so wird aus gewissermaßen entgegengesetzter Perspektive eingewandt, stehe das dem Gewaltenteilungsgrundsatz immanente Interesse an organadäquater Aufgabenverteilung Verfahrenspflichten, die auf die Sachrichtigkeit gesetzgeberischer Entscheidungen zielten, auch deshalb entgegen, weil die mit derartigen Verfahrensanforderungen verbundenen Erwartungen das Parlament überforderten, seine Funktionsfähigkeit gefährdeten und die Wahrnehmung der ihm zugeordneten Aufgaben, allen voran diejenige der Gesetzgebung, unmöglich zu machen drohten.<sup>225</sup> Das Parlament sei ihnen schlicht „institutionell nicht gewachsen“.<sup>226</sup>

Die Verteidigung gegen diesen Einwand hat indes zwei überzeugende Gegenargumente auf ihrer Seite, ein dogmatisches und ein tatsächliches. So droht der Einwand, die Gewaltenteilung stehe kompensatorischen Verfahrensanforderungen entgegen, weil die institutionelle und organisatorische Ausstattung des Bundestags hierfür nicht gewappnet sei, das für den Gewaltenteilungsgrundsatz insofern maßgebliche Kriterium der Funktionsadäquanz zum einen zu sehr anhand überkommener institutioneller Strukturen zu bewerten, die ihrerseits aber gerade keinen Verfassungsrang genießen. In dogmatischer Hinsicht muss er sich folglich den Vorwurf gefallen lassen, die Vorgaben, die der Gewaltenteilungsgrundsatz für die Aufgabenzuweisung in der Staatsorganisation enthält, schlicht der vorgefundenen Organpraxis und der bestehenden einfach-rechtlichen Ausgestaltung der institutionellen Binnenstruktur der Gesetzgebungsorgane zu entnehmen, obwohl beide keinesfalls in Stein gemeißelt sind.<sup>227</sup> Verzichtet man, um den wenig überzeugenden Schluss von Gesetzesauf Verfassungsinhalte zu vermeiden, aber auf den Rekurs auf Tradition und einfaches Recht, so erscheint zumindest zweifelhaft, ob die in der Folge zurückgenommene Direktionskraft des Gewaltenteilungsprinzips<sup>228</sup> ausreicht, um

<sup>224</sup> Diese Verortung im Gewaltenteilungsgrundsatz bei *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 357f.; vgl. auch – wenngleich ohne Bezugnahme auf den Gewaltenteilungsgrundsatz – *C. Lenz/M. Gerhold*, NVwZ 2023, S. 375 (378): Verfahrensanforderungen verwandeln „den demokratisch gewählten Bundestag in eine durch Künstliche Intelligenz substituierbare Abwägungseinrichtung“.

<sup>225</sup> Deutlich etwa *C. Gusy*, ZRP 1985, S. 291 (296f.); Zweifel an der praktischen Erfüllbarkeit derartiger Verfahrensanforderungen auch bei *F. Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 133; *U. Kischel*, in: Festschrift für P. Kirchhof, Bd. I, 2013, § 34 Rn. 18; *V. Mehde/S. Hanke*, ZG 25 (2010), S. 381 (398); die Gefahr der Überforderung des Parlaments erwägend auch *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2010, S. 264; ähnlich *H. Kube*, NVwZ 2003, S. 57 (59): „[D]ie begrenzte Belastbarkeit des Parlaments [darf] nicht aus dem Blick geraten“.

<sup>226</sup> *M. Cornils*, DVBl. 2011, S. 1053 (1059).

<sup>227</sup> *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 358f.

<sup>228</sup> Vgl. zur eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Gewaltenteilungsprinzips *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Abschn. V Rn. 106ff. (Stand: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022).

das besagte Verbot ergänzender Anforderungen an das innere Gesetzgebungsverfahren zu stützen.

Daneben läuft der Einwand, es überfordere die Gesetzgebungsorgane, wenn diese zu Sachverhaltsermittlung, Betroffenen- oder Öffentlichkeitsbeteiligung und Abwägung sowie zu Dokumentation, Begründung und Beobachtung ihrer Beschlüsse verpflichtet seien, in tatsächlicher Hinsicht Gefahr, die Leistungsfähigkeit der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Stellen zu unterschätzen. Einen ersten Grund hierfür bildet die verbreitete, aber unzutreffende Gleichsetzung von Gesetzgeber und Parlament. So verengt etwa der Einwand, die für die „Erhebung und Verarbeitung von Informationen“ nötigen Mittel lägen nicht beim Parlament, sondern regelmäßig nur bei der Exekutive, namentlich in der Ministerialverwaltung vor,<sup>229</sup> den Begriff der Gesetzgebungsorgane vorschnell auf den Bundestag. Dass Gesetzesinitiativen indes zum weit überwiegenden Teil aus den Reihen der Regierung stammen<sup>230</sup> und auch im Bundesrat ausweislich des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG Mitglieder der Regierungen der Länder zusammenkommen, lässt es wenig plausibel erscheinen, die Kapazitäten der (Landes- und Bundes-)Ministerien bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Gesetzgebungsorgane auszublenden. Den skizzierten kompensatorischen Verfahrenspflichten jedenfalls lässt sich eine solche Engführung nicht entnehmen, weil sie bislang gerade offenlassen, wen genau etwa gesetzgeberische Ermittlungs-, Begründungs- oder Beobachtungspflichten adressieren.<sup>231</sup>

Wie der Einwand, das Parlament verfüge nicht über die zur Erfüllung ergänzender Verfahrenspflichten nötigen personellen und institutionellen Ressourcen belegt, beruht die Befürchtung, Anforderungen an das innere Gesetzgebungsverfahren könnte Gesetzgebung unmöglich machen, zweitens auf einer bestenfalls verkürzten Perspektive auf die organisatorischen Strukturen des Bundestags. Nicht nur über die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags, öffentliche Anhörungen und Fragestunden, die Spezialisierung der Abgeordneten in Ausschüssen, die Mitarbeiterstäbe der Parlamentarier und deren nicht formell institutionalisierten Auskunftskanäle sind auch dem Parlament selbst Instrumente der Erzeugung und Verarbeitung von (Fach-)Informationen keinesfalls fremd. Im Gegenteil plädiert die neuere Forschung stattdessen sogar mit guten Argumenten dafür, den Katalog der Parlamenten zugeschriebenen Funktionen um

---

<sup>229</sup> So C. Gusy, ZRP 1985, S. 291 (297).

<sup>230</sup> H. Hofmann/G. Kleemann, ZG 26 (2011), S. 313 (320f.); H.-G. Maaßen, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 8 Rn. 1; H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 285: „faktische[s] Gesetzeserarbeitungsmonopol der Ministerialbürokratie(n)“; zum schweizerischen Recht entsprechend K. Eichenberger, VVD-StRL 40 (1982), S. 7 (30f.).

<sup>231</sup> Kritisch dazu bereits oben § 4 I 3 b) in Bezug auf Beobachtungspflichten; im Hinblick auf gesetzgeberische Begründungspflichten ebenso etwa M. Meßling, in: Festschrift für R. Jaeger, 2011, S. 787 (820); J. Nolte, Der Staat 52 (2013), S. 245 (255).

eine eigenständige „Informationsfunktion“ zu erweitern.<sup>232</sup> Und selbst wenn sich die gegenwärtige Parlamentsinfrastruktur für die Erfüllung der besagten Verfahrenspflichten als unzureichend erwiese, ließe sich den hierauf gestützten Bedenken doch erneut entgegenhalten, dass die bestehenden Strukturen keinesfalls unabänderlich feststehen. Vielmehr stünde und steht es dem Bundestag frei, sich gestützt auf seine in Art. 40 Abs. 1 GG verankerte Organisationsautonomie diejenigen organisatorischen Einrichtungen zu schaffen, die er für erforderlich hält, um zu gewährleisten, dass er die ihm übertragenen Aufgaben adäquat erfüllen kann.<sup>233</sup> Dass der Bundestag hiervon auch bisher bereits durchaus Gebrauch zu machen weiß, zeigt sich eindrucksvoll an den Vorgaben des sog. Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetzes.<sup>234</sup> Für bestimmte Legalplanungen schalten diese dem eigentlichen parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren ein behördliches Verfahren vor, das alle erforderlichen Informationen, unter anderem durch eine frühe Einbindung der betroffenen Öffentlichkeit, generiert und dokumentiert, mit Bewertungsoptionen versieht und auf diese Weise die gesetzgeberische Abwägung zwar vorbereitet, aber – so sehen es § 8 Abs. 3 S. 3, 4 MgvG ausdrücklich vor – gerade nicht vorwegnimmt. Durch die damit vorgesehene Einbindung der vorbereitenden Behörde stellt der Bundestag sicher, dass er den oben skizzierten kompensatorischen Verfahrensanforderungen gerecht wird, die das BVerfG in seiner Entscheidung zur Südumfahrung Stendal auch für die vom MgvG erfassten Fälle postuliert hat.<sup>235</sup> Auch dieser Möglichkeit der Selbstorganisation dürfte es geschuldet sein, dass sich die Befürchtung, die ergänzenden Verfahrensanforderungen gefährdeten die Funktionsfähigkeit der Gesetzgebungsorgane, in der politischen Praxis bisher nicht bewahrheitet hat, obwohl die Rechtsprechung solche Anforderungen ja auch bereits bisher immer wieder einfordert. Die pauschale Kritik, die besagten Verfahrensanforderungen überforderten die Gesetzgebungsorgane, gefährdeten ihre Aufgabenwahrnehmung und seien deshalb mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung unvereinbar, überzeugt daher auch in tatsächlicher Hinsicht nicht.

### c) Ergebnis

Weder Demokratieprinzip noch Gewaltenteilungsgrundsatz stehen, so lässt sich als Ergebnis der vorstehenden Überlegungen festhalten, den skizzierten

<sup>232</sup> Dazu nun grundlegend *P. Hilbert*, Die Informationsfunktion von Parlamenten, 2022.

<sup>233</sup> *S. Magiera*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 2; *L. Brocker*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, Art. 40 Rn. 4; *M. Morlok*, in: ders./Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 3 Rn. 53; vgl. eingehend und vergleichend zur parlamentarischen Organisationsautonomie *F. Meinel*, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, 2019.

<sup>234</sup> Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – MgvG) vom 22. März 2020, BGBl. I S. 640.

<sup>235</sup> Vgl. oben § 3 V 2 b), V 3 d) bb) sowie BVerfGE 95, 1 (23).

kompensatorischen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren entgegen.<sup>236</sup> Grenzen für die Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen von ausgleichsbedürftigen Defiziten des materiellen Verfassungsrechts ergeben sich aus ihnen folglich nicht.

### 3. Ergebnis

Jenseits der Verfassungsnormen, aus denen sich die Kompensationsbedürftigkeit der auszugleichenden Schwächen des materiellen Rechts ergibt, unterliegt die Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen daher keinen verfassungsrechtlichen Grenzen. Weder die kompensatorischen Anforderungen an das Verwaltungsverfahren noch diejenigen an das Gesetzgebungsverfahren provozieren verfassungsrechtliche Konfliktlagen, die ihrem Einsatz entgegenstehen könnten.

## VII. Fazit

Was also bleibt nach alledem? Darf Verfahren kompensieren? Und ist der Versuch, Defizite des materiellen Rechts durch prozedurale Vorgaben auszugleichen, verfassungsrechtlich zulässig? Die Antwort hierauf fällt im Lichte der vorstehenden Überlegungen differenziert aus. Während sowohl der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz als auch der Vorbehalt des Gesetzes es erlauben, die zu geringe Regelungsdichte des einfachen Gesetzesrechts durch ergänzende Verfahrensanforderungen auszugleichen und vor allem mit Konzept- und Begründungspflichten auch prozedurale Instrumente bereitstehen, die die hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllen, bleibt für den prozeduralen Ausgleich *prima facie* verfassungswidriger Einschränkungen des gerichtlichen Rechtsschutzes nur – aber immerhin noch – ein eng bemessener Spielraum. Dogmatisch findet das Kompensationsargument dabei auf unterschiedlichen Wegen Eingang. Im Rahmen von Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt erlaubt es der fehlende Normwortlaut, die ausgleichswirksame Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens als alternativen Erfüllungsmodus zu berücksichtigen. Dem Gesetzgeber steht hier also ein Wahlrecht bzw. genauer: eine Ersetzungsbefugnis zu, die es ihm erlaubt, die eigentlich an ihn adressierte Forderung nach inhaltlich bestimmten Gesetzesfassungen auch durch entsprechende Verfah-

<sup>236</sup> Nicht entschieden ist damit, ob sie verfassungsrechtlich auch gefordert sind, sie im Grundgesetz also überhaupt eine Grundlage finden. Der weit überwiegende Teil der (kritischen) Auseinandersetzung mit (prozeduralen) Rationalitätsanforderungen an die Gesetzgebung beschränkt sich indes genau auf diese Frage, siehe etwa *M. Cornils*, DVBl. 2011, S. 1053 (1058 ff.); *P. Dann*, Der Staat 49 (2010), S. 630 (637); *B. Grzeszick*, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (54, 55 ff., 62 ff.); *T. Hebler*, DÖV 2010, S. 754 (759 ff.) – zu Begründungspflichten; *D. Merten*, DÖV 2015, S. 349 (359 f.); *J. Nolte*, Der Staat 52 (2013), S. 245 (251, 258); siehe auch *S. Huster*, ZfRSoz 24 (2003), S. 3 (18 ff.) – zu Beobachtungspflichten.



rensvorkehrungen zu befriedigen. Der schon sprachlich auf den Rechtsschutz durch Gerichte festgelegte Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG lässt eine solche Lösung hingegen nicht zu. In seinem Rahmen lässt sich der kompensatorische Effekt von Entscheidungsverfahren erst auf Rechtfertigungsebene und dort nur vermittelt über die dem Grundsatz der Gewaltenteilung eigene Idee funktions- und organadäquater Aufgabenallokation angemessen abbilden.

Für den – ohnehin weitgehend theoretischen – Fall ausgleichsbedürftiger Unbestimmtheiten des materiellen Verfassungsrechts scheidet ein Ausgleich durch Verfahren hingegen ganz aus.

## Schluss

Was also bleibt von der Idee der Kompensation durch Verfahren? Nun zunächst, dass die Selbstverständlichkeit, mit der Verwaltungs- und Verfassungsrechtslehre auf sie zurückgreifen, verdeckt, wie kompliziert die Dinge wirklich liegen – Grund genug, die wesentlichen Ergebnisse noch einmal in groben Zügen zu umreißen und aufbauend darauf einen Ausblick auf deren Implikationen für Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Gesetzgebungslehre zu wagen.

### I. Was bleibt? – Zusammenfassung in Thesen

1. Ausgehend von der rechtstheoretischen These, dass das materiale Recht des Präventions- und Wohlfahrtsstaats in eine Krise geraten ist, aus der (nur) die Prozeduralisierung des Rechts den Ausweg weise, verbindet der prozedural gewendete Kompensationsgedanke Verfahren mit der Hoffnung, die diagnostizierte Schwäche des materiellen Rechts ausgleichen zu können.

2. Schon abstrakt betrachtet, ist das voraussetzungsreich: Nicht nur setzt der Kompensationsgedanke damit voraus, dass die Schwäche des materiellen Rechts überhaupt eines Ausgleichs bedarf, auch hängt er davon ab, dass die mit diesem Ausgleich betrauten Verfahrensanforderungen den fehlenden materiell-rechtlichen Elementen derart verwandt sind, dass sie deren Fehlen das Moment des Defizitären nehmen können.

3. Obwohl Judikatur und Schrifttum in den unterschiedlichsten Bereichen von Verwaltungs- und Verfassungsrecht derart selbstverständlich auf diese Annahme zurückgreifen, dass Zweifel an ihrer Richtigkeit nicht aufzukommen scheinen, entpuppt sich bei näherem Hinsehen bereits die auszugleichende Schwäche des materiellen Rechts als keinesfalls einheitliches Phänomen:

a) Rechtsdogmatisch betrachtet, erfasst die Idee prozeduraler Kompensation nicht nur die unterschiedlichen Formen rechtlicher Unbestimmtheit (insbes. unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessensnormen und Finalprogramme) als Kompensationslagen, sondern bemüht sich daneben auch in Konstellationen um einen Ausgleich, in denen das materielle Recht (durch die Einräumung von gesetzgeberischen oder administrativen Letztentscheidungsbefugnissen einerseits, inhaltliche Gestaltungsentscheidungen andererseits) den gerichtlichen Rechtsschutz im Hinblick auf Kontrollintensität oder Zugangsmöglichkeiten einschränkt.

b) Aus funktioneller Perspektive differenziert sich die durch Verfahren auszugleichende Kompensationslage zudem dadurch aus, dass dem materiellen Recht in diesen Konstellationen zwar jeweils deshalb ein Kompensationsbedarf attestiert wird, weil es die ihm zugedachten Funktionen (u. a. Steuerungsfunktion, Legitimationsfunktion, Kontrollfunktion, Orientierungsfunktion etc.) nicht hinreichend erfüllt. Doch steht in den verschiedenen Konstellationen die unzureichende Erfüllung jeweils unterschiedlicher Funktionen im Fokus.

4. Aus rein rechtlicher Sicht bedürfen die vermeintlichen Kompensationslagen vielfach überhaupt keines Ausgleichs:

a) Für die durch Anforderungen an das innere Gesetzgebungsverfahren vermeintlich zu kompensierenden Schwächen des materiellen Verfassungsrechts fehlt es bereits an übergeordneten Rechtsmaßstäben, die dessen Offenheit oder (Einschätzungs- und Gestaltungs-)Spielräume des Gesetzgebers als rechtliche Mangelzustände ausweisen könnten. Art. 79 Abs. 3 GG ändert hieran nichts, weil sich seine Maßstabswirkung auf nachträgliche eingefügte oder modifizierte Verfassungsbestimmungen beschränkt und er selbst für diese derart zurückgenommene Anforderungen formuliert, dass die Annahme, die vermeintlichen Defizitlagen könnten sie unterschreiten, eine weitgehend theoretische Option bleibt. Für prozedurale Kompensationen von Schwächen des materiellen Verfassungsrechts bleibt angesichts dessen aus rechtlicher Perspektive schon in Ermangelung einer auszugleichenden Kompensationslage kein nennenswerter Raum.

b) Und auch Unbestimmtheiten des einfachen Gesetzesrechts und administrative Letztentscheidungsbefugnisse verlangen aus verfassungsrechtlicher Perspektive weitaus seltener nach einem Ausgleich, als das meist angenommen wird. Zwar können sie mit dem allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz, dem durch die Wesentlichkeitstheorie konturierten Vorbehalt des Gesetzes oder der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in Konflikt geraten, doch ob sie dies tatsächlich tun, lässt sich angesichts der Kontextabhängigkeit der verfassungsrechtlichen Maßstäbe einzig im Einzelfall erheben. Da Beeinträchtigungen der Rechtsschutzgarantie aber auch aus verfahrensunabhängigen Gründen zu rechtfertigen sind und die Anforderungen von Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt unter einem „Vorbehalt des Möglichen“ stehen, begegnen die vermeintlich auszugleichenden Schwächen des materiellen Gesetzesrechts aus verfassungsrechtlicher Perspektive oftmals keinen Bedenken.

5. Dass letztlich nur die genaue Einzelfallanalyse beantworten kann, ob die Unbestimmtheit gesetzlicher Bestimmungen, die gerichtliche Kontrolldichte oder anderweitig negative Rechtsschutzeffekte des materiellen Rechts eines Ausgleichs bedürfen, folgt auch daraus, dass das sekundäre Unionsrecht die verfassungsrechtliche Bewertung zuweilen überlagert, und zwar in die eine wie in die andere Richtung: Bleibt ein verfassungsrechtlich unbedenklicher Zustand hinter unionsrechtlichen Anforderungen zurück, kann das Kompensationslagen begründen, verlangt das Unionsrecht hingegen Einschränkungen der jus-

tiziellen Kontrolle oder die Offenheit des materiellen Rechts, kann es dieses gegen verfassungsrechtliche Defizitdiagnosen, die eine Kompensationslage begründen könnten, immunisieren.

6. Zum Ausgleich der – vermeintlichen oder tatsächlichen – Defizite des materiellen Rechts greifen Verwaltungs- und Verfassungsrecht auf ein einheitliches Arsenal prozeduraler Anforderungen zurück. Konzeptpflichten und abwägungstypische Ermittlungs- und Bewertungspflichten finden sich in diesem ebenso wie Beteiligungspflichten, Dokumentations- und Begründungspflichten oder die Erwartung, einmal getroffene Entscheidungen nachlaufend zu beobachten.

7. Der Versuch, durch diese Verfahrensorderungen den skizzierten Defiziten des materiellen Rechts entgegenzuwirken, beruht dabei auf der Hoffnung, sie könnten die Funktionen, die das materielle Recht angesichts seiner (vermeintlichen) Defizite nur unzureichend erfüllt, an dessen Stelle übernehmen. Ob ihnen dies gelingt, ist allerdings eine empirische Frage, für deren Beantwortung es nicht nur an einem klar quantifizierbaren Maßstab mangelt, sondern für die die verhaltenswissenschaftliche Forschung ein differenziertes – und (vor allem im Hinblick auf die Wirkung gesetzgeberischer Verfahrenspflichten) bislang höchst unvollständiges – Bild zeichnet. Ausweislich der Befunde aus Psychologie, Verhaltensökonomie und vereinzelt auch der Politikwissenschaft lassen allerdings zumindest einige der als kompensatorisch ausgemachten Verfahrenspflichten Wirkungen erwarten, die jedenfalls ihrer Richtung nach Funktionen des materiellen Rechts entsprechen.

8. Über die rechtliche Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen ist mit dem Bestehen eines solchen Funktionszusammenhangs allein allerdings noch nicht entschieden. Deren entscheidenden Maßstab bildet stattdessen die Frage, ob die Verfassungsnormen, die Inhalt oder Struktur des materiellen Rechts als ausgleichsbedürftige Defizitlage ausweisen, es erlauben, die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens defizit- und damit rechtswidrigkeitsmindernd zu berücksichtigen.

9. Sowohl der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz als auch der Vorbehalt des Gesetzes sind für eine solche Prozeduralisierung ihrer Maßstäbe offen. Die Gewährleistung eines Entscheidungsverfahrens, dessen Anforderungen dem materiellen Recht äquivalente Leistungen verspricht, können sie als alternativen Erfüllungsmodus berücksichtigen. Die Fokussierung des Art. 19 Abs. 4 GG auf den gerichtlichen Rechtsschutz lässt für eine entsprechende Berücksichtigung hingegen nur auf Rechtfertigungsebene und selbst dort nur unter stark eingeschränkten Bedingungen Raum. Im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG scheidet ein Ausgleich durch Verfahren aus.

10. Das übrige Verfassungsrecht setzt allerdings weder prozeduralen Kompensationen durch Verwaltungs- noch solchen durch Gesetzgebungsverfahren Grenzen.

## II. Was folgt? – Schlussfolgerungen in Fragen

Diese ernüchternde Bilanz bleibt nicht folgenlos, weder für die rechtstheoretische (dazu 1.) noch für die rechtsdogmatische Dimension der Idee der Kompensation durch Verfahren (dazu 2.). Und auch die Gesetzgebungslehre kann die Befunde nicht ausblenden (dazu 3.).

### *1. Folgerungen für die Rechtstheorie: Kompensation als Verfahrensfunktion?*

In rechtstheoretischer Hinsicht war und ist die mit der Idee prozeduraler Kompensation verbundene These, Verfahren könnten Schwächen des materiellen Rechts ausgleichen, ein Beschreibungsangebot, das sich bemüht, jenseits der konkreten Rechtsinhalte spezifischer Verfahrensnormen einen übergeordneten Sinnhorizont bestimmter Verfahren zu erschließen.<sup>1</sup> Ein Versuch also, durch die Aufklärung eines Funktionszusammenhangs zu einem besseren Verständnis rechtlich geordneter Verfahren beizutragen. In der Verfahrenstheorie schlagen sich ähnliche Versuche nicht selten in katalogartigen Aufzählungen von Verfahrensfunktionen nieder.<sup>2</sup> Der Impuls, diese Funktionskataloge um eine eigenständige Ausgleichs- oder Kompensationsfunktion von Verfahren zu erweitern, wird von den Ergebnissen der vorstehenden Analyse indes merklich gebremst; in gleich mehrfacher Hinsicht bedarf er der Relativierung.

So bliebe der Erkenntnisgewinn, der mit der Beschreibung einer Kompensationsfunktion von Verfahren einherginge, schon deshalb begrenzt, weil die behauptete Kompensationswirkung rechtlicher Verfahren sich im Lichte der obigen Analyse allenfalls als Metafunktion, als Funktion zweiter Ordnung, beschreiben ließe. Seinen Grund hat das darin, dass der Ausgleichseffekt prozeduraler Arrangements gerade darauf zurückgeht, dass das Verfahren im konkreten Fall eine oder mehrere der Funktionen erfüllt, deren Wahrnehmung eigentlich dem materiellen Recht zugedacht war (etwa dessen Orientierungs-, Legitimations-, Begrenzungs- oder Kontrollfunktion).<sup>3</sup> Die Rede von der Kompensationsfunktion fungiert angesichts dessen als unspezifischer Sammelbegriff, dessen Mehrwert sich in der Aussage erschöpfte, dass das Verfahren eine vom materiellen Recht nicht hinreichend erfüllte, in der Sache aber gerade nicht näher bezeichnete Primärfunktion übernimmt. Als Sinnzuschreibung bestünde der Gewinn, der mit der Rede von einer Kompensationsfunktion von Verfahren einherginge, folglich weniger darin, unmittelbar intendierte Verfahrenswirkungen hervorzuheben, als vielmehr darin, das Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht besser verstehen zu helfen.

<sup>1</sup> Vgl. zu diesem Anliegen verfahrenstheoretischer Zweckzuschreibungen P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 198 f.

<sup>2</sup> Siehe etwa P. Langenbach, *Der Anhörungseffekt*, 2017, S. 8 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu die Analyse oben in § 4.

Wenngleich das in der Sache nicht wenig wäre, erweise sich die Rede von einer Kompensationsfunktion von Verfahren doch gerade insofern als deutlich zu pauschal. Wie die Untersuchung gezeigt hat, lässt sich im Verwaltungsrecht angesichts der Kontextsensitivität der verfassungsrechtlichen Maßstäbe und des unterschiedlichen Einflusses des sekundären Unionsrechts nur im jeweiligen Einzelfall feststellen, ob überhaupt eine auszugleichende Mangellage vorliegt; und im Verfassungsrecht bleiben (rechtlich) kompensationsbedürftige Defizitzustände die eher theoretische Ausnahme. Vor diesem Hintergrund suggerierte die Rede von einer Kompensationsfunktion des Verfahrens eine Allgemeinheit, die ein unzutreffendes Bild zeichnete und eher Fehlvorstellungen provozierte als Verständnis zu fördern.

Auf einer allgemeineren Ebene rückt das schließlich auch die rechtstheoretische These, in ihrem Kern sei die Prozeduralisierung des Rechts eine Ausgleichsstrategie,<sup>4</sup> in ein klareres Licht. Vor dem Hintergrund der obigen Befunde verlangt sie nach einer Präzisierung: Die Defizite, deren Ausgleich sie beschreibt, sind gemessen an rechtlichen Maßstäben vielfach gar keine. Ihren Referenzpunkt bildet stattdessen eine idealisierte historische Vorstellung davon, was Recht leisten sollte. Sie trauert dem Ideal des formalen Rechts hinterher, obwohl dessen Strukturen verfassungsrechtlich keinesfalls sakrosankt sind. Die Beschreibung, die sie liefert, bleibt daher zwar auf das geltende Recht bezogen, in ihren Maßstäben indes löst sie sich von der genuin rechtlichen Perspektive.

## 2. Folgerungen für die Rechtsdogmatik: Kompensation als Rechtsargument?

Ihre rechtsdogmatische Bedeutung entfaltet die Vorstellung, Defizite des materiellen Rechts ließen sich durch Anforderungen an das Verfahren der Entscheidungsfindung kompensieren, insbesondere dort, wo sie als Argument verwendet wird, um im Wege der Auslegung oder Rechtsfortbildung ungeschriebene Verfahrensanforderungen zu begründen.<sup>5</sup> Für ungeschriebene Anforderungen an das (innere) Gesetzgebungsverfahren belegen die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung, dass eine solche Begründung jedenfalls in all den Fällen nicht überzeugt, in denen die ergänzenden Verfahrensanforderungen Schwächen des materiellen Verfassungsrechts ausgleichen sollen: Da das materielle Verfassungsrecht kaum je einmal rechtlich ausgleichsbedürftige Defizite aufweist und ein solcher Ausgleich ohnehin an rechtliche Grenzen stieße, weil kei-

---

<sup>4</sup> Oben § 1 IV.

<sup>5</sup> Wie oben gesehen, findet sich diese Strategie sowohl im Hinblick auf Anforderungen an das Verwaltungs- als auch in Bezug auf solche an das Gesetzgebungsverfahren, siehe dazu etwa die Beispiele oben § 3 IV 2 c) bb), V 2 i) und j), in denen sich die Rechtsprechung zur Begründung ungeschriebener Verfahrensanforderungen jeweils maßgeblich (auch) auf den Kompensationsgedanken beruft.

ne der kompensatorischen Verfahrenspflichten die auszugleichenden Funktionen des materiellen Rechts in einer dem Art. 79 Abs. 3 GG genügenden Weise erfüllen kann, bietet der Kompensationsgedanke ihnen keine dogmatische Stütze.

Die auf den Ausgleichsgedanken gestützte Herleitung ungeschriebener Anforderungen an das Verwaltungsverfahren hingegen treffen diese Einwände nicht gleichermaßen. Wie gesehen, kann sich ein Ausgleich hier im Einzelfall durchaus als nötig und zumindest unter eng umrissenen Bedingungen auch als zulässig erweisen.<sup>6</sup> Skeptisch mag der Versuch, aus der Kompensationswirkung bestimmter Verfahrensanforderungen auf deren rechtliche Geltung zu schließen, indes deshalb stimmen, weil die Notwendigkeit einer Kompensation stets davon abhängt, dass die Kompensationslage, also der defizitäre Zustand des materiellen Rechts, fortbesteht. Angesichts dessen nähme eine Fortbildung des Verfahrensrechts, mit der die Gerichte das materiell-rechtliche Defizit auszugleichen suchten, dem Gesetzgeber die Entscheidung ab, ob er den verfassungsrechtlichen Anforderungen durch eine Anpassung des materiellen Rechts oder durch entsprechende verfahrensrechtliche Ergänzungen nachkommen will – ein Argument, das in vergleichbarer Form aus der Kritik an der Methode verfassungskonformer Auslegung bekannt ist.<sup>7</sup> Die aus der dortigen Debatte vertraute Verteidigung lässt sich indes auch hier fruchtbar machen: Da für Gerichte die einzige Alternative darin bestünde, die ausgleichsbedürftige materiell-rechtliche Bestimmung für verfassungswidrig zu erklären und sie daher ihrer Nichtigkeit Preis zu geben, streitet der Grundsatz der Normerhaltung dafür, sie durch die richterrechtliche Fortbildung des Verfahrensrechts zu „retten“.<sup>8</sup> Dass Auswahl und Ausgestaltung der Verfahrenspflichten dabei gewisse – im Grundsatz vom Gesetzgeber auszufüllende – Spielräume lassen, dürfte dabei mit der Erwägung (vorübergehend) hinzunehmen sein, dass es dem Gesetzgeber jederzeit freisteht, den Verfahrensanforderungen durch eine verfassungskonforme Ausgestaltung des materiellen Rechts das Fundament zu entziehen. Gestützt auf eine Kombination aus der durch die Kompensationslage ursprünglich beeinträchtigen Verfassungsnorm und der Kompensationswirkung der entsprechenden Verfahrensbestimmungen, kann die Idee der Kompensation durch Verfahren für das Verwaltungsrecht demnach tatsächlich zum dogmatischen Argument werden.

<sup>6</sup> Vgl. zur Frage der Notwendigkeit oben § 5, insbes. IV 4 a), zusammenfassend § 5 V; zur Frage der Zulässigkeit § 6, insbes. II, III, IV, zusammenfassend § 6 VII.

<sup>7</sup> Siehe nur *U. Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 109 ff., 113 ff., besonders deutlich ebd., S. 111: „[D]em Gesetzgeber muss es [...] freistehen, in von ihm bestimmter Weise auf die Verfassungswidrigerklärung seiner Gesetze zu reagieren“.

<sup>8</sup> Zum Grundsatz der Normerhaltung als Antwort darauf etwa *C.-W. Canaris*, in: Festschrift für E. A. Kramer, 2004, S. 141 (148 ff.); *J. Lüdemann*, JuS 2004, S. 27 (29); mit Einschränkungen auch *A. Voßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 (183 f.); siehe auch *C. Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 191 ff. m. w. Nachw.

### 3. Folgerungen für die Gesetzgebung(slehre): Kompensation als Gestaltungsressource?

Aus der praktischeren Perspektive der Gesetzgebungslehre fällt das Fazit schließlich zwiegespalten aus. Ihren gelegentlichen Ruf nach einer optimalen Gesetzgebungsmethodik lässt zwar auch der prozedural gewendete Kompensationsgedanke unbeantwortet verhallen, weil Anforderungen an den Prozess gesetzgeberischer Entscheidungsfindung in ihm keine dogmatische Stütze finden.<sup>9</sup> Für die verwaltungsrechtliche Gesetzgebung aber bildet der Kompensationsgedanke jedenfalls in den Bereichen, in denen er rechtliche Defizite des materiellen Rechts tatsächlich auszugleichen vermag, eine Gestaltungsressource: Weil prozedurale Kompensationen dort, wo sie zulässig sind, von den ursprünglichen Anforderungen an die Gestaltung des materiellen Gesetzesrechts entbinden, eröffnen sie der Gesetzgebung Gestaltungsalternativen, die ohne sie nicht bestünden.<sup>10</sup> Dass prozedurale Kompensationen nur unter den oben skizzierten, eng umrissenen Bedingungen in Betracht kommen, lässt freilich auch die hierdurch gewonnene Freiheit überschaubar wirken.

---

<sup>9</sup> Dazu soeben § 7 II 2.

<sup>10</sup> Oben § 2 II 3 a), II 3 c).





## Literaturverzeichnis

- van Aaken, Anne*: The Decision Architecture of Proportionality Analysis: Cognitive Biases and Heuristics, unveröffentl. Ms. 2019, online einsehbar unter [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3364553](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364553), zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- van Aaken, Anne/Sarel, Roee*: Framing Effects in Proportionality Analysis: Experimental Evidence, unveröffentl. Ms. 2022, online einsehbar unter [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4251219](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4251219), zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- von Achenbach, Jelena*, Das Verwaltungsermessen zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Generalisierung, DVBl. 2023, S. 965–973.
- Achterberg, Norbert*: Probleme der Funktionenlehre, München 1970.
- Acker, Felix*: New findings on unconscious versus conscious thought in decision making: additional empirical data and meta-analysis, Judgment and Decision Making 3 (2008), S. 292–303.
- Albers, Marion*: Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Berlin 2001.
- Albert, Ute*: Portfolio im Kontext von Evaluation, in: Brüsemeister, Thomas/Eubel, Klaus-Dieter (Hrsg.), Evaluation, Wissen und Nichtwissen, Wiesbaden 2008, S. 275–295.
- Albrecht, Romy/Grüttner, André/Lenk, Thomas/Lück, Oliver/Rottmann, Oliver*: Optionen moderner Bürgerbeteiligung bei Infrastrukturprojekten. Ableitungen für eine verbesserte Beteiligung auf Basis von Erfahrungen und Einstellungen von Bürgern, Kommunen und Unternehmen, Leipzig 2013, online einsehbar unter [https://kowid.de/case\\_study/options-moderner-buergerbeteiligung-bei-infrastrukturprojekten/](https://kowid.de/case_study/options-moderner-buergerbeteiligung-bei-infrastrukturprojekten/), zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- Albrecht-Sautter, Claudia*: Ökotoxikologie und Prozeduralisierung des Risikobegriffs. Zur Effektivierung des Schutzes von Naturhaushalt und Umwelt vor stoffspezifischen Gefahrenpotentialen durch Prozeduralisierung in Form von Umwelt-Monitoring, Frankfurt am Main u. a. 2000.
- Alcántara, Sophia/Bach, Nicolas/Kuhn, Rainer/Ullrich, Peter*: Demokratietheorie und Partizipationspraxis. Analyse und Anwendungspotentiale deliberativer Verfahren, Wiesbaden 2016.
- Aleksovska, Marija/Schillemans, Thomas/Grimmelikhuijsen, Thomas*: Lessons from five decades of experimental and behavioral research on accountability: A systematic literature review, Journal of Behavioral Public Administration 2 (2019), S. 1–18.
- Alexy, Robert*: Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1986.
- : Probleme der Diskurstheorie, in: Alexy, Robert (Hrsg.), Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 109–126.
- Ammermüller, Martin G.*: Verbände im Rechtsetzungsverfahren. Kann den Verbänden, insbesondere den Beamtenkoalitionen nach § 94 BBG, ein Anspruch auf Beteiligung bei der Schaffung von Rechtsnormen gewährt werden?, Berlin 1971.

- Appel, Ivo*: Methodik des Umgangs mit Ungewissheit, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 327–358.
- : Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht, Tübingen 2005.
- : Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 226–285.
- : Staat und Bürger in Umweltverwaltungsverfahren, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, Berlin 2012, S. 69–128.
- : Staat und Bürger in Umweltverwaltungsverfahren, NVwZ 2012, S. 1361–1369.
- : Frühe Bürgerbeteiligung und Vorhabenakzeptanz, in: Heckmann, Dirk/Schenke, Ralf P./Sydow, Gernot (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 341–357.
- Appoldt, Friedrich Walter*: Die Öffentlichen Anhörungen („Hearings“) des Deutschen Bundestages. Ein Beitrag zur Beobachtung der Entfaltung eines lebendigen Verfassungssystems an Hand von organisatorischen und geschäftsordnungsmäßigen Entwicklungen eines obersten Staatsorgans, Berlin 1971.
- Arbter, Kerstin/Handler, Martina/Purker, Elisabeth/Tappeiner, Georg/Trattnigg, Rita*: Das Handbuch Öffentlichkeitsbeteiligung. Die Zukunft gemeinsam gestalten, Wien 2005, online einsehbar unter <https://docplayer.org/38786-Das-handbuch-oeffentlichkeits-beteiligung-die-zukunft-gemeinsam-gestalten-in-zusammenarbeit-mit-oesterreichische-gesellschaft-fuer-umwelt-und-technik.html>, zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- Arentz, Günther*: Der Rechtscharakter des Artikels 19 Absatz 4 des Grundgesetzes, Dissertationsschrift, Köln 1963.
- Ariely, Dan/Norton, Michael I.*: How actions create – not just reveal – preferences, Trends in Cognitive Sciences 12 (2008), S. 13–16.
- von Arnould, Andreas*: Gewaltenteilung jenseits der Gewaltentrennung. Das gewaltenteilige System in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, ZParl 32 (2001), S. 678–698.
- : Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine *idée directrice* des Rechts, Tübingen 2006.
- : Rechtsstaat, in: Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 21, S. 703–742.
- Arndt, Hans-Wolfgang*: Anmerkung zu BVerfG, 27.5.1992 – 2 BvF1 u. 2/88 u. 1/89 u. 1/90, JZ 1992, S. 971–974.
- von Arnim, Hans Herbert*: Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München 1984.
- Arnstein, Sherry R.*: A Ladder Of Citizen Participation, Journal of the American Institute of Planners 35 (1969), S. 216–224.
- Arntz, Thomas*: Systematische Urteilsverzerrungen im Rahmen richterlicher Entscheidungsfindung, JR 2017, S. 253–264.
- Asbrock, Bernd*: Der Richtervorbehalt – prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster?, ZRP 1998, S. 17–19.
- Aschke, Manfred*: Kommentierung zu § 40 VwVfG, in: Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), BeckOK VwVfG mit VwVG und VwZG, Stand: 59. Ed. 01.01.2023, München.

- Aschmann, Tjark Erich*: Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, Würzburg 1999.
- Ashton, Robert H.*: Effects of Justification and a Mechanical Aid on Judgment Performance, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 52 (1992), S. 292–306.
- Attendorn, Thorsten*: Die Zieladäquanz der Regulierung: EG-rechtliche Impulse für eine wettbewerbsfördernde TK-Regulierung, *NVwZ* 2009, S. 19–22.
- Attendorn, Thorsten/Geppert, Martin*: Kommentierung zu § 121 TKG, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, München 2013.
- : Kommentierung zu § 122 TKG, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, München 2013.
- : Kommentierung zu § 125 TKG, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, München 2013.
- : Kommentierung zu § 135 TKG, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, München 2013.
- Aubert, Wilhelm*: Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, in: Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Köln/Opladen 1967, S. 284–309.
- Augsberg, Ino*: Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen, Tübingen 2014.
- Augsberg, Ino/Augsberg, Steffen*: Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *VerwArch* 98 (2007), S. 290–316.
- Augsberg, Steffen*: Von der Solange- zur Soweit-Rechtsprechung: Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei richtlinienumsetzenden Gesetzen, *DÖV* 2010, S. 153–160.
- : Das verfassungsändernde Gesetz, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), *Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*, Heidelberg u. a. 2014, § 28, S. 729–752.
- Aulehner, Josef*: Wandel der Informationskompetenz bei der Erfüllung der staatlichen Kernaufgaben, in: Haratsch, Andreas/Kugelmann, Dieter/Repkewitz, Ulrich (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*. 36. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“ in Mainz 1996, Stuttgart u. a. 1996, S. 195–215.
- : Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge. Grundlagen, Rechts- und Vollzugsstrukturen, dargestellt auch im Hinblick auf die deutsche Beteiligung an einem Europäischen Polizeiamt (EUROPOL), Berlin 1998.
- : *Grundrechte und Gesetzgebung*, Tübingen 2011.
- Aust, Helmut Philipp*: Grundrechtsdogmatik im Staatsorganisationsrecht, *AöR* 141 (2016), S. 415–448.
- Axer, Georg*: Die formelle Verfassungswidrigkeit des Haushaltsbegleitgesetzes 2004, *NVwZ* 2010, S. 624–627.
- Axer, Peter*: Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, Tübingen 2000.
- : Verwaltungsakt unter Berichtigungsvorbehalt. Zugleich ein Beitrag zum „vorläufigen Verwaltungsakt“ und zum „Rücknahmevorbehalt“ bei Verwaltungsakten, *DÖV* 2003, S. 271–278.

- : Gemeinsame Selbstverwaltung, in: von Wulffen, Matthias/Krasney, Otto Ernst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln u. a. 2004, S. 339–361.
- : Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen, in: Anderheiden, Michael/Keil, Rainer/Kirste, Stephan/Schaefer, Jan Philipp (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen 2013, S. 335–353.
- : Begründungspflichten des Gemeinsamen Bundesausschusses im Licht des SGBV, GesR 2013, S. 211–219.
- : Aktuelle Rechtsfragen der Methodenbewertung. Zugleich zur Neuregelung des § 137h SGB V und des § 137c Abs. 3 SGB V durch das GKV-VSG sowie zum Methodenbegriff, GesR 2015, S. 641–650.
- : Das Normsetzungsinstrumentarium im Vertragsarztrecht, in: Schnapp, Friedrich E./Wigge, Peter (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht, 3. Auflage, München 2017, § 10, S. 390–418.
- : Beobachtungspflichten des G-BA und ihre rechtliche Verankerung, KrV 2019, S. 45–52.
- : Kommentierung zu § 31 SGB V, in: Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGBV. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Auflage, München 2022.
- Bachof, Otto*: Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951.
- : Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97–102.
- Badura, Peter*: Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966.
- : Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen 1967.
- : Das Recht als gesellschaftliches Gestaltungsmittel, in: Vorträge gehalten anlässlich der Hessischen Hochschulwoche für Staatswissenschaftliche Fortbildung, Bd. 68, Bad Homburg vor der Höhe u. a. 1970, S. 104–119.
- : Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Bayer. Verfassungsgerichtshof (Hrsg.), Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayer. Verfassungsgerichtshofs, München 1972, S. 157–182.
- : Verfassung und Verfassungsgesetz, in: Ehmke, Horst/Kaiser, Joseph H./Kewenig, Wilhelm A./Meessen, Karl Matthias/Rüfner, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 19–39.
- : Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur „Nachbesserung“ von Gesetzen, in: Müller, Georg/Rhinow, René A./Schmid, Gerhard/Wildhaber, Luzius (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 481–492.
- : Arten der Verfassungsrechtssätze, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, Heidelberg 1992, § 159, S. 33–55.
- : Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Auflage, Heidelberg 2014, § 270, S. 591–612.
- : Kommentierung zu Art. 7 GG (Stand der Bearbeitung: 74. Erg.-Lfg. Mai 2015), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.

- Bäcker, Matthias*: Kriminalpräventionsrecht. Eine rechtsetzungsorientierte Studie zum Polizeirecht, zum Strafrecht und zum Strafverfahrensrecht, Tübingen 2015.
- Baer, Susanne*: Vermutungen zu Kernbereichen der Regierung und Befugnissen des Parlaments, *Der Staat* 40 (2001), S. 525–552.
- : Komplizierte Effekte. Zur Wirkung von Recht, in: Mahlmann, Matthias (Hrsg.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit*. Festschrift für Hubert Rottleuthner, Baden-Baden 2011, S. 245–261.
- Barczak, Tristan*: Feststellungsklage gegen Parlamentsgesetze und Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Eine notwendige Neubestimmung des Verhältnisses von inzidenter fach- und prinzipaler verfassungsgerichtlicher Kontrolle formellen Gesetzesrechts, in: Modrzejewski, Matthias/Naumann, Kolja (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 5, Berlin 2019, S. 17–49.
- : Die negative Feststellungsklage als allgemeine Normenabwehrklage. Zur Neubestimmung des Rechtsschutzes gegen formelle Gesetze im Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, *DVBl.* 2019, S. 1040–1049.
- : Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft, Tübingen 2020.
- : Kommentierung zu § 34c PolG NRW, in: Möstl, Markus/Kugelmann, Dieter (Hrsg.), *BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen*, Stand: 25. Ed. 15.04.2023, München.
- : Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. III, 2. Auflage, München 2022, § 86, S. 819–855.
- Barrett, Gregory/Wyman, Miriam/Coelho, Vera Schattan P.*: Assessing the Policy Impacts of Deliberative Civic Engagement. Comparing Engagement in the Health Policy Processes of Brazil and Canada, in: Nabatchi, Tina/Gastil, John/Weiksner, G. Michael/Leighninger, Matt (Hrsg.), *Democracy in Motion. Evaluating the Practice and Impact of Deliberative Civic Engagement*, Oxford u. a. 2012, S. 181–204.
- Barth, Dieter*: Kommentierung zu § 139b SGB V, in: Spickhoff, Andreas (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Auflage, München 2022.
- Bartsch, Verena*: Rechtsvergleichende Betrachtung präventiv-polizeilicher Videoüberwachungen öffentlich zugänglicher Orte in Deutschland und in den USA, Berlin 2004.
- Bar-Siman-Tov, Ittai*: Temporary legislation, better regulation, and experimentalist governance. An empirical study, *Regulation & Governance* 12 (2018), S. 192–219.
- Battis, Ulrich/Bahns, René*: Die Erweiterung der Beteiligungsrechte von Beamtenvereinigungen – eine gebotene Fortentwicklung des öffentlichen Dienstrechts, *ZBR* 2016, S. 325–329.
- Bauer, Horst*: Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie. Zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG, Berlin 1973.
- Bauer, Michael*: *Personenbeförderungsgesetz*. Kommentar, Köln 2010.
- Bauer, Thorsten*: Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Zugleich ein Beitrag zur Prozeduralisierung des Rechts, Berlin 2003.
- Baucamp, Guy*: Zum Beurteilungsspielraum im Gentechnikrecht, *DÖV* 2002, S. 24–28.
- : Ist die Kritik am BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts plausibel?, *DVBl.* 2017, S. 534–541.

- Becker, Florian*: Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Tübingen 2005.
- Becker, Joachim*: Forderung nach einem Maßstäbengesetz – Neue Maßstäbe in der Gleichheitsdogmatik?, NJW 2000, S. 3742–3746.
- Beckmann, Martin*: Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der „inter-temporale Freiheitsschutz“, UPR 2021, S. 241–251.
- Beierle, Thomas C.*: The Quality of Stakeholder-Based Decisions: Lessons from the Case Study Record, Washington, D.C. 2000, online einsehbar unter <https://media.rff.org/documents/RFF-DP-00-56.pdf>, zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- Beierle, Thomas C./Cayford, Jerry*: Democracy in Practice. Public Participation in Environmental Decisions, Washington, D.C. 2002.
- Beierle, Thomas C./Konisky, David M.*: What are we gaining from stakeholder involvement? Observations from environmental planning in the Great Lakes, Environment and Planning C: Government and Policy 19 (2001), S. 515–527.
- Benda, Ernst/Umbach, Dieter C.*: Der beamtenrechtliche Beteiligungsanspruch. Gutachten zur materiellen und verfahrensrechtlichen Absicherung, Bonn 1996.
- Benhabib, Seyla*: Deliberative Rationality (sic!) and Models of Democratic Legitimacy, Constellations 1 (1994), S. 26–52.
- : Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy, in: Benhabib, Seyla (Hrsg.), Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political, Princeton 1996, S. 67–94.
- : The Rights of Others. Aliens, Residents, and Citizens, Cambridge 2004.
- Berger, Ariane*: Die Ordnung der Aufgaben im Staat. Zum Verfassungsgrundsatz getrennter Verwaltungsaufgaben, Tübingen 2016.
- Bergius, My/Ernberg, Emelie/Dahlman, Christian/Sarwar, Farhan*: Are judges influenced by legally irrelevant circumstances?, Law, Probability and Risk 19 (2020), S. 157–164.
- Bergner, Daniel*: Grundrechtsschutz durch Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und britischen Verwaltungsverfahrensrechts, München 1998.
- Berlit, Uwe/Kesper, Irene*: Ein Eingriff in die demokratische Gestaltungsverantwortung. Fallstricke in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Länderfinanzausgleich, KJ 33 (2000), S. 607–623.
- Berman, Emily*: The Paradox of Counterterrorism Sunset Provisions, Fordham Law Review 81 (2013), S. 1777–1833.
- Bernd, Werner*, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Mainz 1989.
- Best, Benjamin*: Energiewende und Bürgerbeteiligung. Multi-Level-Konstellationsanalysen des Beteiligungsprozesses der InnovationCity Ruhr – Modellstadt Bottrop, Wiesbaden 2019.
- Bethge, Herbert*: Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren. Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion, NJW 1982, S. 1–7.
- : Kommentierung zu § 78 BVerfGG (Stand der Bearbeitung: 54. Erg.-Lfg. Juni 2018), in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, München.
- Bethge, Johannes*: Der Sachverhalt der Normenkontrolle, Tübingen 2020.
- Bettermann, Karl August*: Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnenwein, Otto/Walz, Ernst (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. 12. Juli 1885 – 9. Juni 1955, München 1955, S. 361–389.

- : Rechtsmittel bei nichtigem Verwaltungsakt, DVBl. 1963, S. 826–828.
- : Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1967), S. 118–182.
- Bickenbach, Christian*: Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2014.
- Bieback, Karl-Jürgen*: Beobachtungs- und Evaluationsaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZfRSoz 38 (2018), S. 42–59.
- Biebricher, Thomas*: Die politische Theorie des Neoliberalismus, Berlin 2021.
- Bierbrauer, Günter/Klinger, Edgar W.*: Akzeptanz von Entscheidungen durch faire Verfahren. Einige Überlegungen und Befunde aus der Forschung über Verfahrensfairneß, in: Haft, Fritjof/Hof, Hagen/Wesche, Steffen (Hrsg.), Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, Baden-Baden 2001, S. 349–360.
- Blankart, Charles B.*: Wohin soll die öffentliche Auftragsvergabe im Dritten Sektor steuern?, in: Schmidt-Trenz, Hans-Jörg/Stober, Rolf (Hrsg.), Der Dritte Sektor als Infrastrukturakteur, Baden-Baden 2014, S. 85–107.
- Blasche, Sebastian*: Die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung. Eine verfassungsdogmatische Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3, 2. Var. GG vor dem Hintergrund einer möglichen Einführung von Volksgesetzgebung in das Grundgesetz, Baden-Baden 2006.
- Bleckmann, Albert*: Der Verfassungsvorbehalt, JR 1978, S. 221–227.
- : Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht, JZ 1995, S. 685–689.
- : Ermessensfehlerlehre. Völker- und Europarecht, vergleichendes Verwaltungsrecht, Köln u. a. 1997.
- Blümel, Willi*: „Demokratisierung der Planung“ oder rechtsstaatliche Planung?, in: Schnur, Roman (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, München 1972, S. 9–36.
- : Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: Blümel, Willi (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen. Vorträge und Diskussionsbeiträge der 49. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1981 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1982, S. 23–91.
- Bock, Stephanie/Reimann, Bettina*: Beteiligungsverfahren bei umweltrelevanten Vorhaben, Dessau-Roßlau 2017, online einsehbar unter [https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2017-05-30\\_texte\\_37-2017\\_beteiligungsverfahren-umweltvorhaben.pdf](https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2017-05-30_texte_37-2017_beteiligungsverfahren-umweltvorhaben.pdf), zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Auflage, Berlin 1981.
- : Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 24, S. 429–496.
- Böcker, Lina*: Kommentierung zu § 125 TKG, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), TKG. Telekommunikationsgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2013.
- von Bogdandy, Armin*: Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten? Zur Steuerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel der Neugestaltung der Ordnungsgebung, in: Bohnert, Johannes/Gramm, Christof/Kindhäuser, Urs/Lege, Joachim/Rinken, Alfred/Robbers, Gerhard (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 363–384.



- Böhm, Monika*: Der Normmensch. Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen, Tübingen 1996.
- : Möglichkeiten und Grenzen einer Prozeduralisierung des Umweltrechts, in: Roßnagel, Alexander/Neuser, Uwe (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht. Dokumentation der „Haydauer Hochschul-Gespräche 1995“, Baden-Baden 1996, S. 193–206.
- : Mitbestimmung im öffentlichen Dienst. Mitbestimmung von Personalvertretungen im Bund bei ressortübergreifenden Angelegenheiten bei Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, Düsseldorf 2010, online einsehbar unter [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_arbp\\_220.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_220.pdf), zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- : Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21: Änderungsbedarf und -perspektiven, NuR 2011, S. 614–619.
- : Wege zur Stärkung der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst. Plädoyer für den verstärkten Einsatz von Vereinbarungen zwischen Dienstherren und den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften und Berufsverbände zur Regelung der Beamtenverhältnisse, ZBR 2013, S. 181–187.
- Bode, Thomas A.*: Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, Berlin/Heidelberg 2012.
- Bohman, James*: Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy, Cambridge/London 1996.
- : Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy, The Journal of Political Philosophy 6 (1998), S. 400–425.
- Bonaccio, Silvia/Dalal, Reeshad S.*: Advice taking and decision-making: An integrative literature review, and implications for the organizational sciences, Organizational Behavior and Human Decision Processes 101 (2006), S. 127–151.
- Bonin, Irina*: Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge, Stuttgart u. a. 2012.
- Bovet, Jana/Hanusch, Marie*: Monitoring in der Raumordnungsplanung, DVBl. 2006, S. 1345–1356.
- Brade, Alexander*: Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz – ein (verfassungs-)rechtliches Wagnis, EurUP 2020, S. 140–144.
- Brandl-Michel, Philipp*: Maßstäbe demokratischer Legitimation. Eine Betrachtung des rechtswissenschaftlichen Diskurses über Demokratiemaßstäbe im deutschen Verfassungsrecht und dem Primärrecht der Europäischen Union, Baden-Baden 2021.
- Bredemeier, Barbara*: Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, Tübingen 2007.
- Brenner, Michael*: Das innere Gesetzgebungsverfahren im Lichte der Hartz IV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZG 26 (2011), S. 394–404.
- Brest, Paul*: Quis custodiet ipsos custodes? Debiasing the Policy Makers Themselves, in: Shafir, Eldar (Hrsg.), The Behavioral Foundations of Public Policy, Princeton 2013, S. 481–493.
- Brettschneider, Frank/Renkamp, Anna*: Partizipative Gesetzgebungsverfahren. Bürgerbeteiligung bei der Landesgesetzgebung in Baden-Württemberg, Gütersloh 2016.
- Breuer, Rüdiger*: Gerichtliche Kontrolle der Technik. Gegenpol zu privater Option und administrativer Standardisierung, NVwZ 1988, S. 104–115.
- : Konditionale und finale Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523–574.
- : Immissionsschutzrechtliche Vorsorge und Stand der Technik. Kritische Bemerkungen zum Urteil des BVerwG vom 23.7.2015, NVwZ 2016, S. 822–826.

- Brinktrine, Rolf*: Verwaltungsermessen in Deutschland und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung im deutschen und englischen Verwaltungsrecht, Heidelberg 1998.
- : Alimentationsprinzip und „Schuldenbremse“. Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 5. Mai 2015 – 2 BvL 17/09 u. a. –, ZG 30 (2015), S. 201–227.
- Britz, Gabriele*: Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Verwaltungsorganisation zwischen Legitimationserfordernis und Rationalisierungswunsch, VerwArch 91 (2000), S. 418–437.
- : Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund?. Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, EuR 2006, S. 46–77.
- : Das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, JURA 2015, S. 319–325.
- : Verfassungsrechtliche Verfahrens- und Rationalitätsanforderungen an die Gesetzgebung. Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Die Verwaltung 50 (2017), S. 421–431.
- Brockner, Lars*: Kommentierung zu Art. 40 GG, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, München.
- Brockmann, Tim/Lücke, Felix*: Gefährliche Orte im Polizeirecht. Umgehung gesetzlicher Eingriffsvorbehalte oder sinnvolle Prävention?, NVwZ 2022, S. 1189–1193.
- Brodowski, Dominik*: Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht. Zur rechtsstaatlichen und rechtspraktischen Notwendigkeit eines einheitlichen operativen Ermittlungsrechts, Tübingen 2016.
- Broemel, Roland*: Regulierungskonzepte als Kontrollmaßstab in der Telekommunikationsregulierung, JZ 2014, S. 286–294.
- : Wissensgenerierung im Regulierungsverfahren, in: Münkler, Laura (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, Tübingen 2019, S. 139–173.
- Brohm, Winfried*: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245–312.
- Brückner, Joachim Daniel*: Folgerichtige Gesetzgebung im Steuerrecht und Öffentlichem Wirtschaftsrecht. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Forderungen nach Folgerichtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 2014.
- Bryde, Brun-Otto*: Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982.
- : Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 17. März 1993, Berlin/New York 1993.
- : Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWStP 5 (1994), S. 305–330.
- : Kommentierung zu Art. 79 GG, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Jörn-Axel Kämmerer/Markus Kotzur, Bd. II, 7. Auflage, München 2021.
- Buchanan, James M.*: Individual Choice in Voting and the Market, Journal of Political Economy 62 (1954), S. 334–343.
- Buchheim, Johannes*: Angemessenheit als prozedurales Kriterium? Phänomen und normativer Beweggrund prozeduralisierender Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015, S. 77–96.

- Buchheim, Johannes/Möllers, Christoph*: Gerichtliche Verwaltungskontrolle als Steuerungsinstrument, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Auflage, München 2022, § 46, S. 1715–1893.
- Buchheister, Joachim*: Kommentierung zu § 132 VwGO (Stand der Bearbeitung: 35. Erg.-Lfg. September 2018), in: Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht. VwGO. Kommentar, München.
- Buchmann, Antonia*: Kommentierung zu § 68 PolG NRW, Stand der Kommentierung: 16. Ed. 1.12.2020, in: Möstl, Markus/Kugelman, Dieter (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, München.
- Buchner, Reimar*: Eisenbahnrechtliche Planfeststellung und kommunale Planungshoheit, Berlin 2001.
- Buermeyer, Ulf*: Informationelle Selbstbestimmung und effektiver Rechtsschutz im Strafvollzug. Verwirklichungsbedingungen von Datenschutz und Informationsrechten im Vollzug von Freiheitsentziehungen, Baden-Baden 2019.
- Bühler, Joachim*: Das Integrative der Verfassung. Eine politiktheoretische Untersuchung des Grundgesetzes, Baden-Baden 2011.
- Bull, Hans Peter/Mehde, Veith*: Der rationale Finanzausgleich – ein Gesetzgebungsauftrag ohnegleichen. Die Aufgabe des Gesetzgebers nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2000, S. 305–314.
- Bulla, Simon*: Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung der Nichtraucherschutz-Entscheidung des BVerfG vom 30.7.2008, ZJS 2008, S. 585–596.
- Büllesfeld, Dirk*: Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge, Stuttgart u. a. 2002.
- Bullinger, Martin*: Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung. Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle, JZ 1984, S. 1001–1009.
- Bumke, Christian*: Ausgestaltung von Grundrechten. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit, Tübingen 2009.
- : Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung. Am Beispiel des Ausschlusses der privaten Vermittlung staatlicher Lotterien und ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle, Der Staat 49 (2010), S. 77–105.
- : Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017.
- Bungenberg, Marc*: Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme. Eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts, Tübingen 2007.
- Burkiczak, Christian*: Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument des Grundrechtsschutzes, in: Emmenegger, Sigrid/Wiedmann, Ariane (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 2, Berlin 2011, S. 129–176.
- Burchardt, Daniel O.*: Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis. Zur Prozeduralität der Verfassungsnormativität, Berlin 2004.
- Burghart, Axel*: Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin 1996.
- Burgi, Martin*: Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 3. Auflage, München 2021.
- : Klimaverwaltungsrecht angesichts des BVerfG-Klimabeschlusses und European Green Deal, NVwZ 2021, S. 1401–1408.

- Burke, Hendrik*: Die Polizeiverordnung, Berlin 2019.
- Burmeister, Joachim*: Grundgesetzliche Verfahrensstrukturierungsgebote komplexer Verwaltungsentscheidungen, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 5 (1988), S. 121–159.
- : Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 190–247.
- Busch, Bernhard*: Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, Berlin 1992.
- Butzer, Hermann/Kaltenborn, Markus*: Die demokratische Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, MedR 2001, S. 333–342.
- Cacciatore, Michael A.*: Misinformation and public opinion of science and health: Approaches, findings, and future directions, PNAS 118 (2021), e1912437117, S. 1–8.
- Calliess, Christian*: Gerichtliche Kontrolldichte und institutionelle Begründungspflicht im Europarecht – ein Kompensationsverhältnis, in: Hendler, Reinhard/Ibler, Martin/Soria, José Martínez (Hrsg.), „Für Sicherheit, für Europa“. Festschrift für Volkmar Götz zum 70. Geburtstag, Göttingen 2005, S. 239–257.
- : Kommentierung zu Art. 2 EUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 6. Auflage, München 2022.
- Calliess, Graf-Peter*: Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Honsell, Heinrich/Zäch, Roger/Hasenböhler, Franz/Harrer, Friedrich/Rhinow, René (Hrsg.), Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel u. a. 2004, S. 141–159.
- Castendiek, Jan*: Versichertenbeteiligung und Demokratie im Normenkonzept der Richtlinien des Bundesausschusses, NZS 2001, S. 71–80.
- Chaiken, Shelly*: Heuristic Versus Systematic Information Processing and the Use of Source Versus Message Cues in Persuasion, Journal of Personality and Social Psychology 39 (1980), S. 752–766.
- Chanos, Antonis*: Möglichkeiten und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung, Berlin 1999.
- Charman, Steve D./Carbone, Jon/Kekessie, Seyram/Villalba, Daniella K.*: Evidence Evaluation and Evidence Integration in Legal Decision-Making. Order of Evidence Presentation as a Moderator of Context Effects, Applied Cognitive Psychology 30 (2016), S. 214–225.
- Chionos, Tatjana*: Zur Übertragung innerstaatlicher Begriffe und Rechtsgrundsätze in das Völkerrecht, Tübingen 2020.
- Chladek, Julia*: Rechtsschutzverkürzung als Mittel der Verfahrensbeschleunigung. Völker- und europarechtliche Anforderungen an Umweltprüfungen und Umweltschutz in der gestuften Infrastrukturplanung unter besonderer Berücksichtigung des MgvG, Berlin 2022.
- : Die Legalplanung von Infrastruktur: Ein völker- und europarechtlicher Drahtseilakt, DVBl. 2022, S. 578–582.
- Classen, Claus Dieter*: Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt. Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung, JZ 2003, S. 693–701.
- : Kommentierung zu Art. 197 AEUV (Stand der Bearbeitung: 73. Erg.-Lfg. Mai 2021), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, hrsgg. v. Martin Nettesheim, München.

- Classen, Kai-Dieter*: Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union. Eine Untersuchung zu Herkunft, Entstehung und Bedeutung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2008.
- Cohen, Joshua*: Procedure and Substance in Deliberative Democracy, in: Benhabib, Seyla (Hrsg.), *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton 1996, S. 95–119.
- : *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in: Bohman, James/Rehg, William (Hrsg.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge/London 1997, S. 67–91.
- Cooter, Robert D./Gilbert, Michael D.*, *Public Law and Economics*, Oxford 2022.
- Coppin, Géraldine/Delplanque, Sylvain/Cayeux, Isabelle/Porcherot, Christelle/Sander, David*: I'm No Longer Torn After Choice. How Explicit Choices Implicitly Shape Preferences of Odors, *Psychological Science* 21 (2010), S. 489–493.
- Coppin, Géraldine/Delplanque, Sylvain/Bernard, Charlène/Cekic, Sezen/Porcherot, Christelle/Cayeux, Isabelle/Sander, David*: Choice both affects and reflects preferences, *The Quarterly Journal of Experimental Psychology* 67 (2014), S. 1415–1427.
- Cornils, Matthias*: *Die Ausgestaltung der Grundrechte. Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Tübingen 2005.
- : *Gewaltenteilung*, in: Deppenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010, § 20, S. 657–702.
- : *Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat*, DVBl. 2011, S. 1053–1061.
- : *Kommentierung zu § 2 TKG*, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, München 2013.
- Cottier, Michelle/Estermann, Josef/Wrase, Michael* (Hrsg.): *Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen*, Luzern 2008, Baden-Baden 2010.
- Cvetkovich, George*: *Cognitive Accommodation, Language, and Social Responsibility*, *Social Psychology* 41 (1978), S. 149–155.
- Czybulka, Detlef*: *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung. Unter Berücksichtigung ihrer Organisation sowie der Entstehungsgeschichte zum Grundgesetz*, Heidelberg 1989.
- Dann, Philipp*: *Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität*, *Der Staat* 49 (2010), S. 630–646.
- von Danwitz, Thomas*: *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers. Zur Kontrolldichte verordnungsgeberischer Entscheidungen*, Berlin 1989.
- : *Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur. Verfassungsvorgaben für staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle*, *Der Staat* 35 (1996), S. 329–350.
- Decker, Frank*: *Bürgerräte – Abhilfe gegen die Repräsentationskrise oder demokratiepolitisches Feigenblatt?*, ZParl 2021, S. 125–140.
- Dederer, Hans-Georg*: *Kommentierung zu § 16 GenTG (Stand der Bearbeitung: 25. Erg.-Lfg. Oktober 1999)*, in: Eberbach, Wolfram H./Lange, Peter/Ronellenfisch, Michael (Hrsg.), *Recht der Gentechnik und Biomedizin*, Bd. 1, Heidelberg.
- : *Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme. Freisetzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin u. a. 1998.
- : *Organisatorisch-personelle Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, NVwZ 2000, S. 403–405.

- : Korporative Staatsgewalt. Integration privat organisierter Interessen in die Ausübung von Staatsfunktionen. Zugleich eine Rekonstruktion der Legitimationsdogmatik, Tübingen 2004.
- Degenhart, Christoph*: Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, München 1976.
- : Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DVBl. 1982, S. 872–886.
- : Maßstababildung und Selbstbindung des Gesetzgebers als Postulat der Finanzverfassung des Grundgesetzes. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Länderfinanzausgleich, ZG 15 (2000), S. 79–90.
- Denninger, Erhard*: Verfassungsschutz, Polizei und die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, KritV 1994, S. 232–241.
- Deppenheuer, Otto*: Funktionen der Verfassung, in: Deppenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 16, S. 537–568.
- : Verfassungsentwicklung: Geburt, Änderung, Wandel und Ablösung des Grundgesetzes, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. I, 2. Auflage, München 2022, § 10.
- Detterbeck, Steffen*: Gemeinsame Zulässigkeithürden von Bundes- und Landesverfassungsbeschwerde in der Praxis, AöR 136 (2011), S. 222–265.
- Dieterich, Peter*: Systemgerechtigkeit und Kohärenz. Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht, Berlin 2014.
- Dietlein, Johannes*: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992.
- : Kommentierung zu § 5 BImSchG (Stand der Bearbeitung: 73. Erg.-Lfg. August 2014), in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht. Kommentar, hrsgg. v. Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghausen, München.
- : Kommentierung zu Art. 79 GG, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, München.
- Di Fabio, Udo*: Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand. Am Beispiel des arzneimittelrechtlichen Zulassungs- und Überwachungsverfahrens, VerwArch 81 (1990), S. 193–227.
- : Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt. Gefahrerforschung als Anwendungsfall vorläufiger Regelungen, DÖV 1991, S. 629–637.
- : Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung. Plädoyer für eine Neubestimmung der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften im System der Rechtsquellen, DVBl. 1992, S. 1338–1346.
- : Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, S. 689–697.
- : Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994.
- : Voraussetzungen und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: Kley, Max Dietrich/Sünner, Eckart/Willemsen, Arnold (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag. Steuerrecht, Steuer- und Rechtspolitik, Wirtschaftsrecht und Unternehmensverfassung, Umweltrecht, Köln 1997, S. 807–838.
- : Gewaltenteilung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 27, S. 613–658.

- : Kommentierung zu § 4 GenTG (Stand der Bearbeitung: 63. Erg.-Lfg. Oktober 2008), in: Eberbach, Wolfram H./Lange, Peter/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), *Recht der Gentechnik und Biomedizin*, Bd. 1, Heidelberg.
- Dijksterhuis, Ap/Bos, Maarten W./Nordgren, Loran F./van Baaren, Rick B.*: On Making the Right Choice: The Deliberation-Without-Attention Effect, *Science* 311 (2006), S. 1005–1007.
- Dijksterhuis, Ap/Nordgren, Loran F.*: A Theory of Unconscious Thought, *Perspectives on Psychological Science* 1 (2006), S. 95–109.
- Disselkamp, Theresa Regina*: Der Richtervorbehalt bei der Blutprobenentnahme gemäß § 81a Abs. 2 StPO, Baden-Baden 2019.
- Dittrich, Lars*: Prima Klima und sonst? Gedanken zum „Klimabeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts, in: Müller, Daniel Bernhard/Dittrich, Lars (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, Bd. 6, Berlin 2022, S. 203–225.
- Dolde, Klaus-Peter*: Bestandsschutz von Altanlagen im Immissionsschutzrecht, *NVwZ* 1986, S. 873–884.
- : *Verwaltungsverfahren und Deregulierung*, *NVwZ* 2006, S. 857–865.
- : *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie*, *NVwZ* 2013, S. 769–775.
- Dolderer, Michael*: *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlin 2000.
- Dollinger, Walter*: *Bürgerbeteiligung in Genehmigungsverfahren von Großprojekten. Ein Beitrag zur Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, Spardorf 1986.
- Dolzer, Rudolf*: *Zum Begründungsgebot im geltenden Verwaltungsrecht*, *DÖV* 1985, S. 9–20.
- Dörr, Oliver*: *Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluß von Art. 19 Abs. 4 GG*, *DÖV* 2001, S. 1014–1024.
- : *Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte. Artikel 19 Absatz 4 GG unter dem Einfluß des europäischen Unionsrechts*, Tübingen 2003.
- : *Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung*, in: Burgi, Martin/Dreher, Meinrad/Opitz, Marc (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 4. Auflage, München 2022.
- Dreher, Meinrad/Hoffmann, Jens*: *Kommentierung zu § 134 GWB*, in: Burgi, Martin/Dreher, Meinrad/Opitz, Marc (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 4. Auflage, München 2022
- Dreier, Horst*: *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive*, Tübingen 1991.
- : *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hannover 1993.
- : *Kommentierung zu Art. 79 Abs. 1 GG*, in: Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Auflage, Tübingen 2015.
- : *Kommentierung zu Art. 79 Abs. 2 GG*, in: Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Auflage, Tübingen 2015.
- : *Kommentierung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, in: Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Auflage, Tübingen 2015.
- Dreier, Horst/Kuch, David*: *Demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. III, München 2022, § 60, S. 79–125.

- Dreier, Johannes*: Die normative Steuerung der planerischen Abwägung. Strikte Normen, generelle Planungsleitbegriffe, Planungsleitlinien und Optimierungsgebote, Berlin 1995.
- Dreyer, Stephan*: Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz. Untersuchung der spielraumprägenden Faktoren gesetzgeberischer und behördlicher Entscheidungen mit Wissensdefiziten, Baden-Baden 2018.
- Dryzek, John S.*: Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations, Oxford/New York 2002.
- Dryzek, John S.*: Foundations and Frontiers of Deliberative Governance, Oxford/New York 2010.
- Durinke, Corinna/Durinke, Peter*: Rechtlicher Rahmen und Grenzen von informellen Beteiligungsprozessen, *KommJur* 2016, S. 241–248.
- Durner, Wolfgang*: Möglichkeiten der Verbesserung förmlicher Verwaltungsverfahren am Beispiel der Planfeststellung, *ZUR* 2011, S. 354–363.
- : Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, *VVDStRL* 70 (2011), S. 398–447.
- : Kommentierung zu Art. 10 GG (Stand der Bearbeitung: 91. Erg.-Lfg. April 2020), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- Eberle, Carl-Eugen*: Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt. Erkenntnisse und Folgerungen aus der jüngeren Verfassungsrechtsprechung, *DÖV* 1984, S. 485–493.
- Ebermann, Veit*: Entwicklung von staatlichen Strategien zur Klimaanpassung. Eine rekonstruktive Untersuchung des politischen Prozesses in Niedersachsen, Wiesbaden 2020.
- Eder, Klaus*: Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts. Einige begriffliche Klärungen, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 155–185.
- Eckhoff, Meike*: Die Verbundaufsicht. Gemeinschaftsrechtliche Aufsichtsverfahren und -mechanismen außerhalb des Vertragsverletzungsverfahrens, Tübingen 2006.
- Egidy, Stefanie*: Strukturelle Defizite des Verwaltungsvertragsrechts aus verhaltenswissenschaftlicher Perspektive, *DVBl.* 2022, S. 83–89.
- Ehlers, Dirk*: Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, Köln u. a. 1999.
- Ehmke, Horst*: Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, *AöR* 79 (Neue Folge: 40) (1953/1954), S. 385–418.
- : Noch einmal: Die Verfassungsnovelle vom 26. März 1954, *DÖV* 1956, S. 449–456.
- Eichberger, Michael*: Die Rechtsschutzgarantie vor Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht. Aspekte eines Kooperationsverhältnisses anhand der Beispiele von Beurteilungsspielraum und Vollprüfungsanspruch, *NVwZ-Beilage* 2013, S. 18–24.
- Eichenberger, Kurt*: Gesetzgebung im Rechtsstaat, *VVDStRL* 40 (1982), S. 7–39.
- Eicker, Andreas*: Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels, Bern u. a. 2010.
- Eifert, Martin*: Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung: Ermessen, Beurteilungsspielräume sowie Planungsentscheidungen und ihre gerichtliche Kontrolle, *ZJS* 2008, S. 336–343.
- : Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, *VVDStRL* 67 (2008), S. 286–333.
- : Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, *ZHR* 174 (2010), S. 449–485.



- Eilenbrock, Christoph*: Art. 91e GG und das Verdikt verfassungswidrigen Verfassungsrechts. Zur Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an Art. 79 Abs. 3 GG, Berlin 2018.
- Ekaradt, Felix*: Information, Partizipation, Rechtsschutz. Prozeduralisierung von Gerechtigkeit und Steuerung in der Europäischen Union – unter besonderer Berücksichtigung der Aarhus-Konvention, 2. Auflage, Berlin/Münster 2010.
- Ellerbrok, Torben*: Rationalität und Effizienz, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. III, München 2022, § 76, S. 735–783.
- Elsner, Thomas*: Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, Berlin 2011.
- Emde, Ernst Thomas*: Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991.
- Enders, Christoph*: Kommentierung zu Art. 19 GG, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, München.
- Endicott, Timothy A.O.*: Linguistic indeterminacy, *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), S. 667–697.
- : Vagueness and Legal Theory, *Legal Theory* 3 (1997), S. 37–63.
- Engel, Christoph*: The Psychological Case for Obliging Judges to Write Reasons, in: Engel, Christoph/Strack, Fritz (Hrsg.), *The Impact of Court Procedure on the Psychology of Judicial Decision Making*, Baden-Baden 2007, S. 71–109.
- Engel, Christoph/Zhurakhovska, Lilia*: You Are in Charge. Experimentally Testing the Motivating Power of Holding a Judicial Office, *Journal of Legal Studies* 46 (2017), S. 1–50.
- Engels, Andreas*: Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung. Eine dogmatische Rekonstruktion, Tübingen 2014.
- Ennuschat, Jörg*: Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle, *DVBl.* 2004, S. 986–994.
- Erichsen, Hans-Uwe*: Zu den Grenzen von Verfassungsänderungen nach dem Grundgesetz, *VerwArch* 62 (1971), S. 291–300.
- Erler, Gisela/Arndt, Ulrich*: Die Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung für die Landesverwaltung Baden-Württemberg – auf dem Weg zu mehr Bürgerbeteiligung im Planungswesen, *VBlBW* 2014, S. 81–91.
- Erne, Sarah*: Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung, Baden-Baden 2016.
- Ernst, Christian*: Kommentierung zu Art. 19 Abs. 4 GG, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Jörn-Axel Kämmerer/Markus Kotzur, Bd. I, 7. Auflage, München 2021.
- Eschenbach, Jürgen*: Der vorläufige Verwaltungsakt – praxistaugliche Neuschöpfung oder Fortbildung praeter legem?, *DVBl.* 2002, S. 1247–1258.
- Esser, Josef*: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1970.
- Etscheid, Mario*: Fachaufsicht. Management und Verantwortung für Demokratie und Rechtsstaat, *DÖV* 2021, S. 297–308.
- Evers, Hans-Ulrich*: Kommentierung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Stand der Kommentierung: Zweitbearbeitung Oktober 1982, in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg.

- Fassbender, Bardo*: Der Gesetzesvorbehalt in europäischen und internationalen Menschenrechtsverträgen, in: Klein, Eckart (Hrsg.), Menschenrechte und Gewaltenteilung, 2. Auflage, Berlin 2010.
- Fastabend, Katrin*: Der Begriff der notwendigen Krankenbehandlung im SGB V, NZS 2002, S. 299–307.
- Fearon, James D.*: Deliberation as Discussion, in: Elster, Jon (Hrsg.), Deliberative Democracy, Cambridge 1998, S. 44–68.
- Fehling, Michael*: Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in: Trute, Hans-Heinrich/Groß, Thomas/Röhl, Hans Christian/Möllers, Christoph (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 461–488.
- : Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 278–337.
- : Die Funktion von Verfahren im Unionsrecht, in: Leible, Stefan/Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, Baden-Baden u. a. 2014, § 3, S. 75–104.
- : Kommentierung zu § 122 GWB, in: Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), Vergaberecht. Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2019.
- Feldman, Yuval*: The Law of Good People. Challenging States' Ability To Regulate Human Behavior, Cambridge u. a. 2018.
- Fellenberg, Frank/Karpenstein, Ulrich*: Feststellungsklagen gegen den Normgeber, NVwZ 2006, S. 1133–1135.
- Festinger, Leon*: A Theory of Cognitive Dissonance, Stanford 1957.
- Fetzer, Thomas*: Anforderungen an die künftige Ausgestaltung der Telekommunikationsregulierung, WiVerw 2010, S. 145–157.
- : Kommentierung zu § 121 TKG, in: Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim/Graulich, Kurt (Hrsg.), TKG. Telekommunikationsgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2021.
- : Kommentierung zu § 125 TKG, in: Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim/Graulich, Kurt (Hrsg.), TKG. Telekommunikationsgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2021.
- : Kommentierung zu § 135 TKG, in: Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim/Graulich, Kurt (Hrsg.), TKG. Telekommunikationsgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2021.
- Finn, John E.*: Sunset Clauses and Democratic Deliberation: Assessing the Significance of Sunset Provisions in Antiterrorism Legislation, Columbia Journal of Transnational Law 48 (2010), S. 442–502.
- Fisahn, Andreas*: Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002.
- : Effektive Beteiligung solange noch alle Optionen offen sind – Öffentlichkeitsbeteiligung nach der Aarhus-Konvention, ZUR 2004, S. 136–141.
- Fischer, Markus*: Die verwaltungsprozessuale Klage im Kraftfeld zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, Frankfurt am Main u. a. 2011.
- Fishkin, James S.*: Democracy and Deliberation. New Directions for Democratic Reform, New Haven/London 1993.
- : When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultation, Oxford/New York 2011.
- : Democracy When the People Are Thinking. Revitalizing Our Politics Through Public Deliberation, Oxford/New York 2018.
- Fleuß, Dannica*: Prozeduren, Rechte, Demokratie. Das legitimatorische Potenzial von Verfahren für politische Systeme, Heidelberg 2017.
- Flobr, Martin*: Rechtsdogmatik in England, Tübingen 2017.

- Fonk, Christian F.*: Die konditionale Rechtsetzung in der Tradition Otto Mayers – ein antiquiertes Normstruktur- und Gesetzgebungsmodell?, DVBl. 2010, S. 626–633.
- Forst, Rainer*: The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy, Ratio Juris 14 (2001), S. 345–378.
- Forsthoff, Ernst*: Wehrbeitrag und Grundgesetz. Rechtsgutachten über die Frage, ob die Verabschiedung des Gesetzes betr. den EVG-Vertrag (Art. 59 Abs. 2 GG) eine Änderung des Grundgesetzes erfordert, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. II, 2. Halbbd., München 1953, S. 312–336.
- Foth, Heinrich*: Reines Prozeßrecht. Grundzüge einer Theorie, dargestellt am Begriff der Prozeßhandlung und an den prozessualen Wertungen. Zugleich eine Untersuchung über die Methode einer allgemeinen Prozeßrechtslehre unter Berücksichtigung des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses, Münster 1953.
- Fraenkel-Haeberle, Cristina*: Zur Multifunktionalität der Partizipation bei großen Infrastrukturvorhaben, DÖV 2016, S. 548–555.
- Francke, Robert*: Die regulatorischen Strukturen der Arzneimittelversorgung nach dem SGB V, MedR 2006, S. 683–692.
- Francuski, Ramona*: Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, Baden-Baden 2014.
- Frankenberg, Günter*: Kommentierung zu Art. 20 Abs. 1–3 GG (Stand der Bearbeitung: Grundwerk 2001), in: Denninger, Erhard/Hofmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans P./Stein, Ekkehart (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare, 3. Auflage, Neuwied.
- Franz, Thorsten*: Einführung in die Verwaltungswissenschaft, Wiesbaden 2013.
- Franzius, Claudio*: Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? Zum behördlichen Gestaltungsauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach §§ 21, 30 TKG, DVBl. 2009, S. 409–416.
- : Europäisches Verfassungsrechtsdenken, Tübingen 2010.
- : Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Auflage, München 2022, § 4, S. 193–244.
- : Ansätze eines analytisch-deliberativen Verfahrensmodells für die Stromnetzplanung, VerwArch 106 (2015), S. 76–111.
- : Die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung. Zum Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, FEU Research Paper No. 11/2021, Bremen 2021, online einsehbar unter [https://www.uni-bremen.de/fileadmin/user\\_upload/fachbereiche/fb6/feu/FEU/Arbeitspapiere\\_FEU/FEU\\_AP11\\_Die\\_Figur\\_der\\_eingriffsaehnlichen\\_Vorwirkung.pdf](https://www.uni-bremen.de/fileadmin/user_upload/fachbereiche/fb6/feu/FEU/Arbeitspapiere_FEU/FEU_AP11_Die_Figur_der_eingriffsaehnlichen_Vorwirkung.pdf), zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- Friedman, Lawrence M.*: Impact. How Law Affects Behavior, Cambridge/London 2016.
- Frieß, Dennis*: Deliberation als anspruchsvolle Form von Öffentlichkeitsbeteiligung, in: Bätge, Frank/Effing, Klaus/Möltgen-Sicking, Katrin/Winter, Thorben (Hrsg.), Politische Partizipation, Wiesbaden 2021, S. 113–129.
- Froese, Judith*: Die Grenze des Rechts als Herausforderung der Auslegung, oder: Interpretation als Flexibilitätsreserve der Rechtsordnung, Rechtstheorie 46 (2015), S. 481–503.
- Fromm, Günter/Sellmann, Klaus Albrecht/Zuck, Holger*: Personenbeförderungswesen. Personenbeförderungsgesetz mit Freistellungs-Verordnung, BOKraft, Berufszugangsverordnung, VO (EG) Nr. 1370/2007 sowie weiteren EU-Vorschriften und nationalen Nebenbestimmungen, 4. Auflage, München 2013.

- Fuchs, Claudia*: Instrumente und Verfahren staatlicher Verteilungsverwaltung, in: Towfigh, Emanuel V./Schmolke, Klaus Ulrich/Petersen, Niels/Lutz-Bachmann, Sebastian/Lange, Anne-Kathrin/Grethath, Holger (Hrsg.), Recht und Markt. Wechselbeziehungen zweier Ordnungen, Baden-Baden/Basel 2009, S. 205–225.
- : Öffentliche Vergabe, in: Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets, Heidelberg u. a. 2014, § 15, S. 477–523.
- Funke, Andreas*: Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts – Einige Problemfälle und ein Präzisierungsvorschlag, DÖV 2007, S. 733–740.
- : Kommentierung zu Art. 19 Abs. 4 GG, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Auflage, Tübingen 2023, hrsgg. v. Frauke Brosius-Gersdorf.
- Furnham, Adrian*: The Robustness of the Recency Effect. Studies Using Legal Evidence, Journal of General Psychology 113 (1986), S. 351–357.
- Gaentzsch, Günter*: Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren – Instrument zur Sachverhaltsaufklärung oder Einladung zur Verfahrensverzögerung?, in: Dolde, Klaus-Peter/Hansmann, Klaus/Paetow, Stefan/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Verfassung, Umwelt, Wirtschaft. Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag, München 2010, S. 219–235.
- Galetta, Diana-Urania/Grzeszick, Bernd*: Kommentierung zu Art. 41 EU-GRCh, in: Stern, Klaus/Sachs, Michael (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta. Kommentar, München 2016.
- Gallwas, Birgitta*: Die rechtliche Stellung des Bieters im öffentlichen Auftragswesen, Dissertationsschrift, Augsburg 1998.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*: Europäisches Planungsrecht. Grundstrukturen eines Referenzgebiets des europäischen Verwaltungsrechts, Tübingen 2009.
- : Regulierungsrechtliche Auskunftsanordnungen als Instrument der Wissensgenerierung, DVBl. 2009, S. 69–77.
- : „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, S. 1005–1011.
- : Die Abwehr von Risiken gentechnischer Freisetzen, ZUR 2009, S. 413–421.
- : Gestaltungsspielräume und Gestaltungsverantwortung des nationalen Gesetzgebers im europäischen Telekommunikationsregulierungsrecht. Zur Umsetzung der Richtlinie 2009/140/EG („TK-Review“), N&R Beilage 2/2011, S. 1–40.
- : Diskussionsbeitrag, VVDStRL 70 (2011), S. 340–341.
- : Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016.
- : Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste, EuGRZ 2018, S. 6–22.
- : Grundrechtliche Grenzen strategischer Ausland-Ausland-Telekommunikationsaufklärung. Ein Wegweiser durch die BND-Entscheidung des BVerfG, Urteil v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, JZ 2020, S. 825–835.
- : Bundesnachrichtendienst semper reformanda, DVBl. 2021, S. 905–914.
- Garstecki, Marie*: Das Regulierungsermessen. Eine kritische Rekonstruktion, Berlin 2021.
- Gartz, Henrik*: Begründungspflicht des Gesetzgebers. Das verfassungsrechtliche Verhandlungsgebot, Baden-Baden 2015.

- Gassner, Erich*: Methoden und Maßstäbe für die planerische Abwägung. Theorie und Praxis abgeleiteter Bewertungsnormen, Köln 1993.
- Gassner, Ulrich M.*: Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht. Eine verfassungsrechtliche Studie unter besonderer Berücksichtigung von § 5 Abs. 1 EnWG, Berlin 1994.
- : Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze des Europäischen Verwaltungsverfahrensrechts, DVBl. 1995, S. 16–24.
- : Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz, DÖV 1996, S. 18–25.
- : Gesetzgebung und Bestimmtheitsgrundsatz, ZG 11 (1996), S. 37–56.
- Gebhardi, Bruno*: Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente. „Nudging“ im deutschen Verwaltungsrecht, Tübingen 2022.
- Geers, Ulrich/Petersen, Malte*: Kommentierung zu § 14 TKG, in: Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim/Graulich, Kurt (Hrsg.), TKG. Telekommunikationsgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2021.
- Geiger, Willi*: Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: Berberich, Thomas/Holl, Wolfgang/Maaß, Kurt-Jürgen (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht. Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht. Tagungsbeiträge eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung Bonn-Bad Godesberg veranstaltet vom 10. bis 14. Oktober 1978 in Ludwigsburg, Stuttgart u. a. 1979, S. 131–142.
- Geis, Max-Emanuel*: Mehr Handlungsfreiheit durch Rücknahme der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte?, in: Ziekow, Jan (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung. Vorträge und Diskussionsbeiträge auf dem gleichnamigen Forum vom 30. September bis 2. Oktober 1998 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1999, S. 97–111.
- : Körperschaftliche Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, in: Schnapp, Friedrich E. (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung. Tagungsband zum 8. Fachkolloquium des Instituts für Sozialrecht am 28./29. Juni 2000 in Bochum, Frankfurt am Main u. a. 2001, S. 65–88.
- : Kommentierung zu § 40 VwVfG (Stand der Bearbeitung: 3. Erg.-Lfg. August 2022), in: Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht. VwVfG. Kommentar, München.
- Geismann, Maria*: Sachverhaltsaufklärung im Verwaltungsprozess. Funktionsbedingungen und Funktionsgrenzen von Rechtsprechung, Tübingen 2021.
- : Bundesverfassungsgericht und „offene“ Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheiterfordernisse, Berlin 1971.
- Gellermann, Martin*: Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000.
- Gerard, Harold B./White, Gregory L.*: Post-Decisional Reevaluation of Choice Alternatives, Personality and Social Psychology Bulletin 9 (1983), S. 365–369.
- Gerlach, Jens*: Entscheidungsspielräume der Verwaltung. Die Lehre vom einheitlichen administrativen Entscheidungsspielraum und ihre Ausprägungen im Kartellvergabe-recht, Baden-Baden 2018.
- Gersdorf, Hubertus*: Kommentierung zu § 9 TKG, in: Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 4. Auflage, München 2019.
- : Kommentierung zu § 14 TKG, in: Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 4. Auflage, München 2019.

- : Kommentierung zu § 15a TKG, in: Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 4. Auflage, München 2019.
- Gersen, Jacob E.*: Temporary Legislation, University of Chicago Law Review 74 (2007), S. 247–298.
- Giesberts, Ludger*: Kommentierung zu § 13 BImSchG, in: Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 67. Ed. 01.07.2023, München.
- Grüchtel, Ralf*: Fahndung im Grenzgebiet, auf dem Gebiet der Bahnanlagen sowie auf Verkehrsflughäfen. Inhalte und Grenzen der §§ 22 Ia, 23 I Nr. 3, III BPolG, NVwZ 2013, S. 980–983.
- Goerlich, Helmut*: Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1981.
- Goldhammer, Michael*: Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, Tübingen 2021.
- Goldschmidt, James*: Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925.
- Gonsior, Florian*: Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse. Behördenorganisation und Verwaltungsverfahren als Mittel zur Kompensation materiell-rechtlicher Defizite am Beispiel der Bundesnetzagentur im Telekommunikationsrecht, Tübingen 2018.
- Graf, Susanne*: Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen. Polizeirechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Schleierfahndung, Berlin 2006.
- Graffe, Udo*: Die Beteiligung des Bürgers an umweltschutzrechtlich relevanten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung des VwVfG, Dissertationsschrift, Mainz 1980.
- Graßhof, Karin*: Kommentierung zu § 93a BVerfGG (Stand der Bearbeitung: 25. Erg.-Lfg. März 2006), in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, München.
- Grätz, Thomas*: Kommentierung zu § 8 PBefG (Stand der Bearbeitung: Dezember 2012), in: Fielitz, Karl H./Grätz, Thomas, Personenbeförderungsgesetz. Kommentar zum gesamten Personenbeförderungsgesetz – PBefG, BOKraft, BOStrab, PBZugV, Freistellungs-Verordnung PBefG sowie anderen Nebenbestimmungen und einschlägigen EU-Vorschriften, Neuwied.
- : Kommentierung zu § 13 PBefG (Stand der Bearbeitung: Dezember 2012), in: Fielitz, Karl H./Grätz, Thomas, Personenbeförderungsgesetz. Kommentar zum gesamten Personenbeförderungsgesetz – PBefG, BOKraft, BOStrab, PBZugV, Freistellungs-Verordnung PBefG sowie anderen Nebenbestimmungen und einschlägigen EU-Vorschriften, Neuwied.
- : Kommentierung zu § 14 PBefG (Stand der Bearbeitung: Dezember 2012), in: Fielitz, Karl H./Grätz, Thomas, Personenbeförderungsgesetz. Kommentar zum gesamten Personenbeförderungsgesetz – PBefG, BOKraft, BOStrab, PBZugV, Freistellungs-Verordnung PBefG sowie anderen Nebenbestimmungen und einschlägigen EU-Vorschriften, Neuwied.
- Graulich, Kurt*: Das Handeln von Polizei- und Ordnungsbehörden zur Gefahrenabwehr, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, hrsgg. v. Matthias Bäcker/Erhard Denninger/Kurt Graulich, 7. Auflage, München 2021, Abschnitt E, S. 341–696.
- : Kommentierung zu § 131 TKG, in: Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim/Graulich, Kurt (Hrsg.), TKG. Telekommunikationsgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2021.

- Greim, Jeanine*: Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht. Eine Abhandlung am Beispiel des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, Berlin 2013.
- Grimm, Dieter*: Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), S. 489–537.
- : Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, S. 865–872.
  - : Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 1986, S. 38–54.
  - : Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 291–306.
  - : Verfassung, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991, S. 11–28.
  - : Die Zukunft der Verfassung, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991, S. 399–439.
  - : Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 613–646.
- Grob, Thomas*: Schleierfahndung auf dem Prüfstand, NVwZ 2016, S. 1678–1683.
- Groschupf, Otto*: Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, DVBl. 1962, S. 627–634.
- Grosskreutz, Peter*: Normwidersprüche im Verfassungsrecht, Köln u. a. 1966.
- Groß, Thomas*: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999.
- : Was bedeutet „Fachaufsicht“?, DVBl. 2002, S. 793–800.
  - : Stuttgart 21: Folgerungen für Demokratie und Verwaltungsverfahren, DÖV 2011, S. 510–515.
  - : Rechtsschutz gegen Maßnahmengesetze im Verkehrsbereich, JZ 2020, S. 76–82.
- von der Grün, Ursula-Isabel*: Kommentierung zu § 50 PolG BW, in: Möstl, Markus/Trurnit, Christoph (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, München.
- Grünewald, Cornelia*: Kommentierung zu § 90 Abs. 1 BVerfGG, in: Walter, Christian/Grünewald, Benedikt (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, Stand: 15. Ed. 01.06.2023, München.
- Gruschke, Daniel*: Unbestimmte Rechtsbegriffe aus Sicht der philosophischen Vagheitstheorie, in: Bäcker, Carsten/Ziemann, Sascha (Hrsg.), Junge Rechtsphilosophie, Stuttgart/Baden-Baden 2012, S. 55–76.
- Grzeszick, Bernd*: Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, Tübingen 2002.
- : Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl, DÖV 2003, S. 649–657.
  - : Lässt sich eine Verfassung kalkulieren? Zur Rezeption ökonomischen Gedankengutes im Verfassungsrecht am Beispiel des Länderfinanzausgleichs, JZ 2003, S. 647–655.
  - : Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S. 49–81.
  - : Demokratie und Wahlen im europäischen Verbund der Parlamente – Zum Urteil des BVerfG über Sperrklauseln bei Wahlen zum Europäischen Parlament, EuR 2012, S. 667–681.
  - : Die Teilung der staatlichen Gewalt, Paderborn u. a. 2013.
  - : Weil nicht sein kann, was nicht sein darf: Aufhebung der 3 %-Sperrklausel im Europawahlrecht durch das BVerfG und dessen Sicht auf das Europäische Parlament, NVwZ 2014, S. 537–541.
  - : Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts und Kompetenzen des Parlamentarischen Kontrollgremiums, DÖV 2018, S. 209–218.

- : Kommentierung zu Art. 20 GG (Stand der Bearbeitung: 97. Erg.-Lfg. Januar 2022), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- : Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2022, § 72, S. 565–613.
- Guckelberger, Annette*: Bürokratieabbau durch Abschaffung des Erörterungstermins?, DÖV 2006, S. 97–105.
- : Formen von Öffentlichkeit und Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltverwaltungsrecht, VerwArch 103 (2012), S. 31–62.
- : Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz und weitere Überlegungen zur Beschneidung des Umweltrechtsschutzes, NuR 2020, S. 805–815.
- Günther, Klaus*: Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 51–68.
- Gurlit, Elke*: Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 227–277.
- : Neue Formen der Bürgerbeteiligung? – Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, JZ 2012, S. 833–841.
- : Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 109, S. 697–733.
- Gusy, Christoph*: Der Schutz vor Überwachungsmaßnahmen nach dem Gesetz zur Beschränkung des Art. 10 GG, NJW 1981, S. 1581–1586.
- : Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985.
- : Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, ZRP 1985, S. 291–299.
- : Das gesetzliche Trennungsgebot zwischen Polizei und Verfassungsschutz, Die Verwaltung 24 (1991), S. 467–490.
- : Brauchen wir eine juristische Staatslehre? JöR 55 (2007), S. 41–71.
- : Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, ZRP 2008, S. 36–40.
- Guthke, Kai*: Die (strukturelle) Voreingenommenheit des Strafrichters. Zur Reform des Zwischenverfahrens, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Welche Reform braucht das Strafverfahren? Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 6. – 8.03.2015, Berlin 2016, S. 153–163.
- Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J./Wistrich, Andrew J.*: Inside the Judicial Mind, Cornell Law Review 86 (2001), S. 777–830.
- : Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases, Cornell Law Review 93 (2007), S. 1–43.
- Haas, Volker*: Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur. Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren, Tübingen 2008.
- Häberle, Peter*: Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970. Analyse und Kritik des Urteils sowie des Minderheitsvotums vom 4. Januar 1971, JZ 1971, S. 145–156.
- : Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43–141.
- Habermas, Jürgen*: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992.
- : Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft, Stuttgart 2001.



- Hafner, Simone*: Die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Anpassung an die Folgen des Klimawandels, NuR 2012, S. 315–321.
- Hagafors, Roger/Brehmer, Berndt*: Does Having to Justify One's Judgments Change the Nature of the Judgment Process?, *Organizational Behavior and Human Performance* 31 (1983), S. 223–232.
- Hagen, Johann Josef*: Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren, München/Salzburg 1971.  
–: Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie, Freiburg 1972.
- Hagenab, Evelyn*: Prozeduraler Umweltschutz. Zur Leistungsfähigkeit eines rechtlichen Regelungsinstruments, Baden-Baden 1996.
- Hagmann, Joachim*: Kommentierung zu § 17 UVPG, in: Hoppe, Werner/Beckmann, Martin/Kment, Martin (Hrsg.), UVPG, UmwRG. Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz. Kommentar, 5. Auflage, Köln 2018.
- Hain, Karl-Eberhard*: Kommentierung zu Art. 79 GG, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, hrsgg. v. Peter Michael Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. II, 7. Auflage, München 2018.
- Haltern, Ulrich R./Mayer, Franz C./Möllers, Christoph R.*: Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit. Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehalts, *Die Verwaltung* 30 (1997), S. 51–74.
- Hamacher, Lisa Pauline*: Standortauswahl für ein Endlager für hochradioaktive Abfälle. Intergenerationelle Gerechtigkeit, Wissensgenerierung und Akzeptanz durch Organisation und Verfahren, Tübingen 2022.
- Hanebeck, Alexander*: Zurückhaltung und Maßstäbengesetz. Das Urteil des BVerfG zum Länderfinanzausgleich, KJ 33 (2000), S. 262–274.
- Hänlein, Andreas*: Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht. System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts, Berlin u. a. 2001.
- Hansmann, Klaus*: Vorsorgepflichten bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen, NVwZ 1991, S. 829–834.  
–: Zur Problematik der Festsetzung von Immissionsgrenzwerten, in: Franßen, Everhardt/Redeker, Konrad/Schlichter, Otto/Wilke, Dieter (Hrsg.), Bürger – Richter – Staat. Festschrift für Horst Sandler, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, zum Abschied aus seinem Amt, München 1991, S. 285–302.
- Hansmann, Klaus/Ohms, Martin*: Kommentierung zu § 17 BImSchG (Stand der Bearbeitung: 82. Erg.-Lfg. Januar 2017), in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht. Kommentar, hrsgg. v. Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghausen, München.
- Harms, Katharina*: Statement: Zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht, in: Hesse, Joachim Jens/Schuppert, Gunnar Folke/Harms, Katharina (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen. Zur Rolle des Rechts in staatlichen Transformationsprozessen in Europa, Baden-Baden 1999, S. 55–63.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus*: *The Concept of Law*, 2. Auflage, Oxford u. a. 1994.
- Hase, Friedhelm*: Möglichkeiten und Grenzen von Mindestmengen als Regulierungsinstrument der GKV, GesR 2012, S. 268–273.
- Hassemer, Winfried*: Prozedurale Rechtfertigungen, in: Däubler-Gmelin, Herta/Kinkel, Klaus/Meyer, Hans/Simon, Helmut (Hrsg.), Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 731–751.

- Hauck, Ernst*: Medizinischer Fortschritt im Dreieck IQWiG, GBA und Fachgesellschaften: Wann wird eine innovative Therapie zur notwendigen medizinischen Maßnahme? Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, NZS 2007, S. 461–468.
- : Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) – ein unbequemes Kind unserer Verfassungsordnung?, NZS 2010, S. 600–612.
- Haug, Volker M./Schadtle, Kai*: Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 46 VwVfG, NVwZ 2014, S. 271–275.
- Hauser, Michael*: Kommentierung zu § 41 PolG BW, in: Möstl, Markus/Trurnit, Christoph (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, München.
- Haverkate, Görg*: Rechtsfragen des Leistungsstaats. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln, Tübingen 1983.
- von Hayek, Friedrich A.*: Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: von Hayek, Friedrich A., Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze, 2. Auflage, Tübingen 1994, S. 249–265.
- Hebeler, Timo*: Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtssetzungsformen funktionaler Selbstverwaltung. Die Richtlinien des Bundesausschusses für Ärzte und Krankenkassen, DÖV 2002, S. 936–943.
- : Ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, Gesetze zu begründen? Grundsätzliche Überlegungen anlässlich des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Leistungsgestaltung im SGB II, DÖV 2010, S. 754–762.
- : Kommentierung zu § 118 BBG, in: Battis, Ulrich (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz. Kommentar, 6. Auflage, München 2022.
- Heck, Philipp Nicolai*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1–318.
- Hecker, Wolfgang*: Verweigerung der Stadthallennutzung gegenüber der NPD, NVwZ 2018, S. 787–791.
- Heckmann, Dirk*: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997.
- Hedemann, Justus Wilhelm*: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.
- Heidebach, Martin*: Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, Tübingen 2014.
- Heinig, Hans Michael*: Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, Tübingen 2008.
- Heintzen, Markus*: Externe Beratung in der Gesetzgebung, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 9, S. 229–245.
- Heinz, Vanessa*: Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, Baden-Baden 2009.
- Heinze, Christian*: Kommentierung zu § 13 PBefG, in: Heinze, Christian/Fehling, Michael/Fiedler, Lothar H. (Hrsg.), Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, München 2014.
- Heinze, Christian/Fiedler, Lothar H.*: Kommentierung zu § 14 PBefG, in: Heinze, Christian/Fehling, Michael/Fiedler, Lothar H. (Hrsg.), Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, München 2014.

- Helbig, Petra*: Maßstäbe als Grundsätze. Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. November 1999, KJ 33 (2000), S. 433–447.
- Held, Jürgen*: Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, Berlin 1984.
- Henckel, Wolfram*: Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- Hendler, Reinhard*: Die bürgerschaftliche Mitwirkung an der städtebaulichen Planung, Göttingen 1977.
- Henneke, Hans-Günter*: Länderfinanzausgleich und Maßstäbengesetz, JURA 2001, S. 767–775.
- Herbst, Tobias*: Die These der einzig richtigen Entscheidung. Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien von Ronald Dworkin und Jürgen Habermas, JZ 2012, S. 891–900.
- Herdegen, Matthias*: Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, JZ 1991, S. 747–751.
- : Freistellung neuer Telekommunikationsmärkte von Regulierungseingriffen. Die gesetzliche Steuerung im Lichte des Verfassungs- und Europarechts, MMR 2006, S. 580–585.
- : Kommentierung zu Art. 79 GG (Stand der Bearbeitung: 72. Erg.-Lfg. Juli 2014), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- : Kommentierung zu Art. 146 GG (Stand der Bearbeitung: 67. Erg.-Lfg. November 2012), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- Hermes, Georg*: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909–915.
- Herzmann, Karsten*: Monitoring als Verwaltungsaufgabe, DVBl. 2007, S. 670–674.
- : Was sind administrative Konzepte? Eine Phänomenbetrachtung aus rechtlicher Perspektive, VerwArch 104 (2013), S. 429–448.
- Herzog, Roman*: Gesetzgeber und Gerichte, in: Brandt, Willy/Gollwitzer, Helmut/Henschel, Johann Friedrich (Hrsg.), Ein Richter, ein Bürger, ein Christ. Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden 1987, S. 103–112.
- : Gesetzgebung und Einzelfallgerechtigkeit, NJW 1999, S. 25–28.
- von Hesler, Christian*: Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und ihre Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 2021.
- Hess, Rainer*: Die Rolle des Rechts bei der Wissensgewinnung und Entscheidungsfindung im GKV-System: Die institutionelle Ebene, GesR 2011, S. 588–593.
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Auflage, Karlsruhe 1967.
- : Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland. Bericht für die IV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, 1978 in Wien, EuGRZ 1978, S. 427–438.
- : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995.
- Heßhaus, Matthias*: Kommentierung zu § 24 VwVfG, in: Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), BeckOK VwVfG mit VwVG und VwZG, Stand: 59. Ed. 01.04.2022, München.
- Hett, Frank-Thomas*: Öffentlichkeitsbeteiligung bei atom- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, Köln u. a. 1994.

- Heun, Werner*: Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Baden-Baden 1992.  
–: Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2012.
- Heusch, Andreas*: Verfassungsgerichtliche Gesetzeskontrolle, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 36, S. 909–956.
- Hien, Eckart*: Partizipation im Planungsverfahren, UPR 2012, S. 128–132.
- Hilbert, Patrick*: An welche Normen ist der Richter gebunden?, JZ 2013, S. 130–136.  
–: Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, Tübingen 2015.  
–: Erkenntnisfunktionen und Richtigkeitsgewähr von Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313–350.  
–: Informationsaustausch und Wissensmanagement im Europäischen Verwaltungsbund. Dogmatische, theoretische und praktische Perspektiven auf die Informationsbeziehungen europäischer Verwaltung, in: Münkler, Laura (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, Tübingen 2019, S. 111–138.  
–: Die Informationsfunktion von Parlamenten. Zugleich ein Beitrag zur demokratischen Bedeutung des Europäischen Parlaments, Tübingen 2022.
- Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen*: Fragen nach der Rechtsbefolgung – Eine Einführung, in: Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht? Rechtsverbindlichkeit und Rechtsbefolgung in interdisziplinärer Perspektive, Tübingen 2019, S. 1–20.
- Hill, Hermann*: Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982.  
–: Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986.  
–: Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NVwZ 1989, S. 401–410.  
–: Staatliches Handeln bei veränderlichen Bedingungen, in: Ellwein, Thomas/Hesse Joachim Jens (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 55–71.
- Hill, Hermann/Hof, Hagen* (Hrsg.): Wirkungsforschung zum Recht II. Verwaltung als Adressat und Akteur, Baden-Baden 2000.
- Hillen, Christian*: Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, Baden-Baden 2018.
- Hillgruber, Christian*: Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118–125.  
–: Kommentierung zu Art. 92 GG (Stand der Bearbeitung: 95. Erg.-Lfg. Juli 2021), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- Hirsch, Günter/Schmidt-Didczuhn, Andrea*: Gentechnikgesetz (GenTG) mit Gentechnik-Verordnungen. Kommentar, München 1991
- Hirschberger, Sebastian*: Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht. Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts, Berlin 2010.
- Hof, Hagen/Lübbe-Wolff, Gertrude* (Hrsg.): Wirkungsforschung zum Recht I. Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen, Baden-Baden 1999.
- Hoffmann, Gerhard*: Das verfassungsrechtliche Gebot der Rationalität im Gesetzgebungsverfahren. Zum „inneren Gesetzgebungsverfahren“ im bundesdeutschen Recht, ZG 5 (1990), S. 97–116.
- Hoffmann, Roland*: Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, Paderborn u. a. 1992.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des Polizeirechts? Kritik am Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, dargestellt an den Normen über die Personalienfeststellung, JZ 1978, S. 335–339.
- : Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1981), S. 187–239.
- : Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe. Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, AöR 115 (1990), S. 400–447.
- : Experimentelle Gesetzgebung, in: Becker, Bernd/Bull, Hans Peter/Seewald, Otfried (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 1993, S. 55–69.
- : Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrensrecht – Vorklärungen, AöR 119 (1994), S. 590–626.
- : Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht. Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 9–66.
- : Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz. Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9–66.
- : Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), S. 5–70.
- : Governance im Gewährleistungsstaat. Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Governance-Forschung, 2. Auflage, Baden-Baden 2006, S. 195–219.
- : Die Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Auflage, München 2012, § 10, S. 677–776.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Pilniok, Arne*: Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Auflage, München 2022, § 12, S. 855–976.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Rubbert, Susanne*: Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit. Zum Verhältnis von Bürgerbeteiligung und Öffentlichkeit, Heidelberg 1984.
- Höfling, Wolfram/Engels, Andreas*: Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 34, S. 851–870.
- Hofmann, Ekkehard*: Die Modernisierung des Planungsrechts: das Energierecht als neues Paradigma der Öffentlichkeitsbeteiligung in einer Planungskaskade?, JZ 2012, S. 701–711.
- : Kommentierung zu § 48 BImSchG, in: Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 67. Ed. 01.07.2023, München.
- Hofmann, Ekkehard/Koch, Hans-Joachim*: Kommentierung zu § 51 BImSchG, in: Führ, Martin (Hrsg.), GK-BImSchG. Bundes-Immissionsschutzgesetz, Köln 2016.
- Hofmann, Hans/Birkenmaier, Philipp*: Die Aufgaben des Normenkontrollrates im Gesetzgebungsverfahren, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 12, S. 295–307.
- Hofmann, Hans/Kleemann, Georg*: Eilgesetzgebung, ZG 26 (2011), S. 313–331.

- Hofmann, Hasso*: Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs?, in: Barfuß, Werner/Dutoit, Bernard/Forkel, Hans/Immenga, Ulrich/Majoros, Ferenc (Hrsg.), Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, S. 281–298.
- : Vom Wesen der Verfassung, JöR 51 (2003), S. 1–20.
- Hofmann, Rainer*: Die Bindung staatlicher Macht, in: Hofmann, Rainer/Marko, Joseph/Merli, Franz/Wiederin, Ewald (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, Heidelberg 1996, S. 3–37.
- Hogarth, Robin M./Einhorn, Hillel J.*: Order Effects in Belief Updating. The Belief-Adjustment Model, *Cognitive Psychology* 24 (1992), S. 1–55.
- Hohmerlein, Jakob*: Recht und demokratische Reversibilität. Verfassungstheoretische Legitimation und verfassungsdogmatische Grenzen der Bindung demokratischer Mehrheiten an erschwert änderbares Recht, Tübingen 2020.
- Holoubek, Michael*: Grundrechtliche Gewährleistungspflichten. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Wien/New York 1997.
- Holzner, Thomas*: Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie. Untersuchungen zur Phänomenologie gruppenpluraler Konsensverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Sozialrechts als Referenzgebiet, Tübingen 2016.
- Hong, Mathias*: Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte. Grundfragen, Entstehung und Rechtsprechung, Tübingen 2019.
- Hoof, Karsten*, Hoof, Organisatorische Rückwirkungen der Art. 33 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf die Ausgestaltung beamtenrechtlicher Stellenbesetzungsverfahren, Berlin 2022.
- Höpfner, Clemens*: Die systemkonforme Auslegung. Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche, Tübingen 2008
- Hoppe, Werner*: Zur Struktur der Normen des Planungsrechts. Bemerkungen zu rechtsstaatlichen Anforderungen an die Begriffsbildung im Planungsrecht, DVBl. 1974, S. 641–647.
- : Planung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 77, S. 313–365.
- Hoppe, Werner/Rengeling, Hans-Werner*: Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform. Verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Überprüfung von Neugliederungsgesetzen, Frankfurt am Main 1973.
- Horn, Hans-Detlef*: Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung. Zur Dogmatik des Verhältnisses zwischen Gesetz, Verwaltung und Individuum unter dem Grundgesetz, Tübingen 1999.
- : Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung. Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates, AöR 127 (2002), S. 427–459.
- Hornsby, Adam N./Love, Bradley C.*: How decisions and the desire for coherency shape subjective preferences over time, *Cognition* 200 (2020), Article 104244, S. 1–12.
- Huber, Peter M.*: Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, München 1988.
- : Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Tübingen 1991.
- : Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877–882.
- : Die Vorgaben des Grundgesetzes für kommunale Bürgerbegehren und Bürgerentscheide, AöR 126 (2001), S. 165–203.

- : Bundesverfassungsrecht und Landesverfassungsrecht, NdsVBl. 2011, S. 233–239.
- : Kommentierung zu Art. 19 Abs. 4 GG, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, hrsgg. v. Peter Michael Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. I, 7. Auflage, München 2018.
- : Die verfassungsrechtliche Prägung des Verwaltungsrechtsschutzes, in: Sommermann, Karl-Peter/Schaffarzik, Bert (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgewalt in Deutschland und Europa, Bd. II, Berlin 2019, § 49, S. 1771–1814.
- : Rechtsstaat, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, § 6, S. 383–436.
- Huber, Theresa Sophie*: Einbindung von Expertise und externem Wissen in das Gesetzgebungsverfahren. Eine verfassungsrechtliche, rechtspolitische und rechtsvergleichende Analyse zum US-amerikanischen Recht, Baden-Baden 2021.
- Huerkamp, Florian*: Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe, Tübingen 2010.
- Hufen, Friedhelm*: Rechtsprechungsübersicht: Gerichtliche Kontrolle von berufsbezogenen und multiple-choice-Prüfungen, JuS 1992, S. 252–255.
- Hufen, Friedhelm/Siegel, Thorsten*: Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Hugo, Eva*: Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation. Die Beteiligung externer Interessen im vorparlamentarischen Gesetzgebungsprozess, Berlin 2017.
- Huneke, Mary E./Cole, Catherine/Levin, Irwin P.*: How Varying Levels of Knowledge and Motivation Affect Search and Confidence during Consideration and Choice, Marketing Letters 15 (2004), S. 67–79.
- Huster, Stefan*: Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers. Ein neues Instrument zur verfassungsrechtlichen Bewältigung des sozialen Wandels?, ZfRSoz 24 (2003), S. 3–26.
- Huster, Stefan/Rux, Johannes*: Kommentierung zu Art. 20 GG, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Ed. 15.05.2023, München.
- Huth, Rebecka*: Gentechnik und Umweltrechtskodifikation. Ein Vergleich des Gentechnikgesetzes mit dem Novellierungsvorschlag der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, Baden-Baden 2001.
- Hwang, Shu-Perng*: Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, Tübingen 2013.
- Ibler, Martin*: Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. Zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen – vom Preußischen Oberverwaltungsgericht bis zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht, Tübingen 1999.
- Ipsen, Jörn*: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975.
- : Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980.
- Irmischer, Tobias H.*: Anwendungsvorrang des EU-Rechts, in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), Europarecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg 2019, Rn. 51–74.
- Isensee, Josef*: Vorbehalt der Verfassung. Das Grundgesetz als abschließende und als offene Norm, in: Isensee, Josef/Lecheler, Helmut (Hrsg.), Freiheit und Eigentum. Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 359–399.
- : Der Selbststand der Verfassung in ihren Verweisungen und Öffnungen, AöR 138 (2013), S. 325–362.

- Issacharoff, Samuel*: Behavioral Decision Theory in the Court of Public Law, *Cornell Law Review* 87 (2002), S. 671–681.
- Izuma, Keisei/Matsumoto, Madoka/Murayama, Kou/Samejima, Kazuyuki/Sadato, Norihiro/Matsumoto, Kenji*: Neural correlates of cognitive dissonance and choice-induced preference change, *PNAS* 107 (2010), S. 22014–22019.
- Jacob, Thomas*: Prozeduralisierung und rationale Gesetzgebung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Modrzejewski, Matthias/Naumann, Kolja* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, Bd. 5, Berlin 2019, S. 53–74.
- Jacob, Thomas/Lau, Marcus*: Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative. Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts, *NVwZ* 2015, S. 241–248.
- Jaeckel, Liv*: Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik. Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts, Tübingen 2010.
- Janssen, Albert*: Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts. Untersuchungen zu den demokratischen und grundrechtlichen Schranken der gesetzgeberischen Befugnisse, Tübingen 1990.
- Jarass, Hans D.*: Die Abgrenzung parallel erforderlicher Anlagegenehmigungen. Für eine Konzentration von Genehmigungen, *DÖV* 1978, S. 21–27.
- : Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen. Probleme und Lösungen am Beispiel der baulichen Anlagen, Berlin 1984.
- : Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, *NVwZ* 1984, S. 473–480.
- : Der rechtliche Stellenwert technischer und wissenschaftlicher Standards. Probleme und Lösungen am Beispiel der Umweltstandards, *NJW* 1987, S. 1225–1231.
- : *Charta der Grundrechte der EU unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK. Kommentar*, 4. Auflage, München 2021.
- : *Bundes-Immissionsschutzgesetz. Kommentar unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen, der TA Luft sowie der TA Lärm*, 14. Auflage, München 2022.
- : Kommentierung zu Art. 19 GG, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, bearb. v. Hans D. Jarass/Martin Kment, 17. Auflage, München 2022.
- : Kommentierung zu Art. 20 GG, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, bearb. v. Hans D. Jarass/Martin Kment, 17. Auflage, München 2022.
- Jarosch, Roland*: Die Fiktion des unbestimmten Gesetzesbegriffs, *DÖV* 1974, S. 123–127.
- Jarvis, Mark D.*: Hierarchy, in: *Bovens, Mark/Goodin, Robert/Schillemans, Thomas*, *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford/New York 2014, S. 405–420.
- Jebke, Christian*: Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, Berlin 2005.
- Jellinek, Walter*: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913.
- : Grundgesetz und Wehrmacht, *DÖV* 1951, S. 541–546.
- Jesch, Dietrich*: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, *AöR* 82 (N.F. 43) (1957), S. 163–249.
- : Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 2. Auflage, Tübingen 1968.
- Jeselsohn, Sigmund*: Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht, Heidelberg 1929.



- Jestaedt, Matthias*: Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin 1993.
- : Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999.
  - : Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG, *Der Staat* 48 (2009), S. 497–516.
  - : Radien der Demokratie. Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation?, in: Heinig, Hans Michael/Terhechte, Jörg (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, Tübingen 2013, S. 3–18.
  - : Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Auflage, Berlin/Boston 2022, § 11, S. 442–513.
- Jochum, Heike*: *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozeßrecht. Die normative Konnexität von Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht und die Steuerungsleistung des materiellen Verwaltungsrechts*, Tübingen 2004.
- Jock, Christian*: *Das Instrument der Fachaufsicht. Rechtliche und verwaltungswissenschaftliche Probleme und potenzielle Weiterentwicklungen*, Göttingen 2011.
- Jones, Donald R./Brown, Darrell/Wheeler, Patrick*: The Effect of Justification Type on Agreement with a Decision Aid and Judgment Performance, *Advances in Accounting Behavioral Research* 4 (2001), S. 187–206.
- Joussen, Jacob*: Kommentierung zu § 12 SGB V, in: Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter, *BeckOK Sozialrecht*, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, München.
- : Kommentierung zu § 94 SGB V, in: Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter, *BeckOK Sozialrecht*, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, München.
- Jungermann, Helmut/Fischer, Katrin*: Using Expertise and Experience for Giving and Taking Advice, in: Betsch, Tilmann/Haberstroh, Susanne (Hrsg.), *The Routines of Decision Making*, Mahwah/London 2005, S. 157–173.
- Junk, Judith*: *Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England. Ein Rechtsvergleich exekutiver Wissensgenerierung im gentechnikrechtlichen Freisetzungsverfahren*, Baden-Baden 2012.
- Kaelble, Hendrik*: Anspruch auf Zugang und Kontrahierungszwang im Vergabeverfahren, *ZfBR* 2003, S. 657–671.
- : Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit. Zur wirtschaftslenkenden Auftragsvergabe gemessen an der Berufsfreiheit, den Grundfreiheiten und dem Beihilfenverbot, Berlin 2008.
- Kabl, Wolfgang*: *Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht. Von der Konfrontation zur Kooperation*, *Die Verwaltung* 29 (1996), S. 341–384.
- : Die Staatsaufsicht. Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, Tübingen 2000.
  - : Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, *VerwArch* 95 (2004), S. 1–37.
  - : Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft – ein Zwischenbericht, *Die Verwaltung* 42 (2009), S. 463–500.
  - : 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, *NVwZ* 2011, S. 449–457.

- : Deutschland, in: von Bogdandy, Armin/Cassese, Sabino/Huber, Peter M. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, Heidelberg 2014, § 74, S. 77–158.
- : Gesetzesfolgenabschätzung und Nachhaltigkeitsprüfung, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 13, S. 309–331.
- : Nachhaltigkeitsverfassung. Reformüberlegungen, Tübingen 2018.
- : Dogmatik im EU-Recht, AöR 144 (2019), S. 159–201.
- : Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, Tübingen 2020.
- : Rechtsstaatlichkeit im europäischen Verwaltungsrecht, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. III, München 2022, § 66, S. 339–386.
- Kaiser, Roman*: Das Mehrheitsprinzip in der Judikative, Tübingen 2020.
- Kalinowsky, Marc*: Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, Berlin 2000.
- Kallerhoff, Dieter/Fellenberg, Frank*: Kommentierung zu § 24 VwVfG, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, hrsgg. v. Michael Sachs/Heribert Schmitz, 10. Auflage, München 2023.
- Kalscheuer, Fiete/Jacobsen, Annika*: Der Parlamentsvorbehalt: Wesentlichkeitstheorie als Abwägungstheorie, DÖV 2018, S. 523–529.
- Kaltenborn, Markus*: Richtlinienggebung durch ministerielle Ersatzvornahme. Zur Aufsicht des Bundesministers für Gesundheit über die Bundesausschüsse der (Zahn-)Ärzte und Krankenkassen gem. § 94 SGB V, VSSR 2000, S. 249–271.
- : Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht. Verfassungsrechtlicher Rahmen und verfahrensrechtliche Ausgestaltung der außergerichtlichen Konflikt-schlichtung im Verhältnis zwischen Verwaltung und Privaten, Baden-Baden 2007.
- Kanalan, Ibrahim*: Die universelle Durchsetzung des Rechts auf Nahrung gegen transnationale Unternehmen, Tübingen 2015.
- Kapteina, Matthias*: Die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen. Genehmigungsvoraussetzungen nach dem Gentechnikgesetz, Baden-Baden 2000.
- Karageorgou, Vasiliki*: Das Umweltordnungsrecht. Leistungsfähigkeit, Leistungsgrenzen und Entwicklungsperspektiven dargestellt am Beispiel des Immissionsschutzrechts, Baden-Baden 2003.
- Karthaus, Arnim*: Risikomanagement durch ordnungsrechtliche Steuerung. Die Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen, Baden-Baden 2001.
- Kastner, Berthold*: Verdachtsunabhängige Personenkontrollen im Lichte des Verfassungsrechts, VerwArch 92 (2001), S. 216–260.
- Käß, Robert*: Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der Planerhaltung. Dargestellt am Beispiel der §§ 214 – 216 BauGB, Berlin 2002.
- Katz, Alfred/Sander, Gerald G.*: Staatsrecht. Grundlagen, Staatsorganisation, Grundrechte, 19. Auflage, Heidelberg 2019.
- Kaufmann, Erich*: Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika. Eine rechtsvergleichende Studie über die Grundlagen des amerikanischen und deutschen Verfassungsrechts, Leipzig 1908.
- Kaufmann, Franz-Xaver*: Diskurse über Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 15–41.
- Kaysers, Hans Henning*: Die Unterrichtung Betroffener über Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses. Aktuelle Probleme des Artikel 10-Gesetzes und des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, AöR 129 (2004), S. 121–140.

- Keane, John*: The Life and Death of Democracy, London u. a. 2009.
- Keil, Silke I./Hamann, Ingo/Bickmann, Friederike/Scharpf, Lucia/Bühren, Katharina/Ziekow, Jan*: Bürgerbeteiligung und Verwaltungspraxis. Langzeitevaluationen der Auswirkungen von Beteiligungsregelungen in Baden-Württemberg, Wiesbaden 2022.
- Kellner, Dominik*: Die Aufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit über den Gemeinsamen Bundesausschuss, GesR 2006, S. 204–209.
- Kelsen, Hans*: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Auflage, Tübingen 1923.
- : Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Auflage, Leipzig/Wien 1934.
- : Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Auflage, Wien 1960.
- Kemper, Klaus*: Der vorläufige Verwaltungsakt, DVBl. 1989, S. 981–988.
- Kennedy, Christopher*: Ambiguity and vagueness: An overview, in: Maienborn, Claudia/von Heusinger, Klaus/Portner, Paul (Hrsg.), Semantics. An International Handbook of Natural Language Meaning, Bd. I, Berlin/Boston 2011, S. 507–535.
- Kersten, Jens*: Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288–340.
- : Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung der Jahre 2004–2012, Die Verwaltung 46 (2013), S. 87–121.
- : Konzeption und Methoden der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2021, § 25, S. 979–1022.
- Kerstholt, José H./Jackson, Janet L.*: Judicial Decision Making. Order of Evidence Presentation and Availability of Background Information, Applied Cognitive Psychology 12 (1998), S. 445–454.
- Graf Kielmansegg, Peter*: Legitimität als analytische Kategorie, PVS 12 (1971), S. 367–401.
- Kießling, Andrea*: Beobachtungs- und Evaluationsaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZfRSoz 38 (2018), S. 60–68.
- Kim, Soo Min*: Verdrängung der materiellen Regelungsdichte zugunsten einer Prozeduralisierung des Verwaltungsverfahrens – ein sinnvoller Vorschlag?, EurUP 2017, S. 233–242.
- Kingreen, Thorsten*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, S. 877–880.
- : Vergaberecht und Verfahrensgerechtigkeit in der jugend- und sozialhilferechtlichen Leistungserbringung, VSSR 2006, S. 379–397.
- : Legitimation und Partizipation im Gesundheitswesen – Verfassungsrechtliche Kritik und Reform des Gemeinsamen Bundesausschusses –, NZS 2007, S. 113–121.
- : Zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2011, S. 441–448.
- : Vorrang und Vorbehalt der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Auflage, Heidelberg 2014, § 263, S. 293–326.
- : Der Gemeinsame Bundesausschuss vor dem BVerfG: Das Tor liegt in der Luft!, MedR 2017, S. 8–14.
- : Die Wahl der Qual: Sozialwahlen in der Sozialversicherung, JöR 67 (2019), S. 139–159.
- Kininger, Ewald*: Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens, Berlin 1980.

- Kirchhof, Gregor*: Die Funktion des allgemeinen Gesetzes, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 4, S. 95–121.
- Kirchhof, Paul*: Der Verfassungsauftrag zum Länderfinanzausgleich als Ergänzung fehlender und als Garant vorhandener Finanzautonomie. Zur Vereinbarkeit des Finanzausgleichsgesetzes mit Art. 107 Abs. 2 GG, Köln 1982.
- : Zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in Umbruch-Situationen, in: Hesse, Joachim Jens/Schuppert, Gunnar Folke/Harms, Katharina (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen. Zur Rolle des Rechts in staatlichen Transformationsprozessen in Europa, Baden-Baden 1999, S. 31–54.
- : Die Identität der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 21, S. 261–316.
- : Kommentierung zu Art. 3 Abs. 1 GG (Stand der Bearbeitung: 75. Erg.-Lfg. September 2015), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- : Vorrang des Rechts. Zu den Grenzen eines Anwendungsvorrangs von Europarecht, NJW 2022, S. 1049–1054.
- Kischel, Uwe*: Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, Tübingen 2003.
- : Rationalität und Begründung, in: Kube, Hanno/Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Palm, Ulrich/Puhl, Thomas/Seiler, Christian (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Bd. I, Heidelberg u. a. 2013, § 34, S. 371–384.
- Kisker, Gunter*: Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, S. 1313–1320.
- Kißler, Leo*: Die Öffentlichkeitsfunktion des Deutschen Bundestages. Theorie – Empirie – Reform, Berlin 1976.
- Klafki, Anika*: Risiko und Recht. Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien, Tübingen 2017.
- Klafki, Anika/Loer, Kathrin*: Der Gemeinsame Bundesausschuss als machtvoller „kleiner Gesetzgeber“ unterhalb des öffentlichen Radars – eine rechts- und politikwissenschaftliche Analyse, VerwArch 108 (2017), S. 343–365.
- Klatt, Matthias/Schmidt, Johannes*: Spielräume im Öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie, Tübingen 2010.
- Klein, Eckart*: Die Kompetenz- und Rechtskompensation. Überlegungen zu einer Argumentationsfigur, DVBl. 1981, S. 661–667.
- Klein, Hans H.*: Kommentierung zu Art. 45d GG (Stand der Bearbeitung: 87. Erg.-Lfg. März 2019), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- : Kommentierung zu Art. 144 GG (Stand der Bearbeitung: 80. Erg.-Lfg. Juni 2017), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- Klement, Jan Henrik*: Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, Tübingen 2006.
- : Verteilungsverfahren, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 121, S. 1149–1195.

- Kling, Michael*: Kommentierung zu § 134 GWB, in: Immenga/Mestmäcker, hrsgg. v. Torsten Körber/Heike Schweitzer/Daniel Zimmer, Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 6. Auflage, München 2021.
- Klingner, Matthias H.*: Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers. Effektiver Rechtsschutz gegen Zuschlagsentscheidung und Aufhebung der Ausschreibung im europäischen und deutschen Vergaberecht, Berlin 2005.
- Klinsing, Maren*: Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit. Ein Vergleich der Rechtsschutzmöglichkeiten bei fehlerhaftem Verwaltungsverfahren im deutschen und englischen Rechtssystem, Berlin 2019.
- Kloepfer, Michael*: Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685–695.  
–: Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung. Über Regelungen für den Erlaß von Rechtsnormen, DVBl. 1995, S. 441–448.  
–: Umweltrecht, 4. Auflage, München 2016.
- Kluth, Winfried*: Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997.  
–: Die Begründung von Gesetzen, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 14, S. 333–353.  
–: Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, Berlin 2015.
- Kment, Martin*: Kommentierung zu Art. 93 GG, in: Jarass/Piero, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, bearb. v. Hans D. Jarass/Martin Kment, 17. Auflage, München 2022.  
–: Kommentierung zu Art. 103 GG, in: Jarass/Piero, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, bearb. v. Hans D. Jarass/Martin Kment, 17. Auflage, München 2022.
- Knauff, Matthias*: Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004.
- Knemeyer, Franz-Ludwig*: Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Kreise (Kommunalaufsicht), in: Mann, Thomas/Püttner, Günter (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis. Grundlagen und Kommunalverfassung, Bd. 1, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 2007, § 12, S. 217–243.
- Kniesel, Michael*: Neufassung des Polizeirechts in Nordrhein-Westfalen, NVwZ 1990, S. 743–744.  
–: Kriminalitätsbekämpfung durch Polizeirecht. Verhinderung und Verhütung von Straftaten, Berlin 2022.
- Kniesel, Michael/Müllensiefen, Wolfgang*: Die Entwicklung des Gentechnikrechts seit der Novellierung 1993, NJW 1999, S. 2564–2572.
- Koch, Hans-Joachim*: Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg/Ts. 1976, S. 186–213.  
–: Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht. Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung, Frankfurt am Main 1979.
- Köck, Wolfgang*: Die Mitwirkung der Zivilgesellschaft am Verwaltungshandeln – eine Bilanz, ZUR 2016, S. 643–649.

- Koenig, Christian*: Der Begründungszwang in mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen am Beispiel umweltrelevanter Entscheidungen, AÖR 117 (1992), S. 513–542.
- Kolbinger, Martin U.*: Restitution und Kompensation bei Sachschäden, Berlin 2005.
- Köller, Sandra*: Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation. Eine Untersuchung am Beispiel der Wasserverbände Lippeverband und Emschergenossenschaft, Berlin 2009.
- Kollmann, Andreas*: Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht, Berlin 1996.
- Kopp, Ferdinand*: Verfahrensregelung zur Gewährleistung eines angemessenen Umweltschutzes, BayVBl. 1980, S. 97–105.
- Korehnke, Stephan Hubertus/Ufer, Frederic*: Kommentierung zu § 12 TKG, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München 2013.
- : Kommentierung zu § 14 TKG, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München 2013.
- Koriat, Asher/Lichtenstein, Sarah/Fischhoff, Baruch*: Reasons for Confidence, Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory 6 (1980), S. 107–118.
- Korioth, Stefan*: Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, Tübingen 1997.
- : Maßstabsgesetzgebung im bundesstaatlichen Finanzausgleich – Abschied von der „rein interessenbestimmten Verständigung über Geldsummen?“, ZG 17 (2002), S. 335–353.
- Köttgen, Arnold*: Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der Bundesgesetzgebung, DÖV 1952, S. 422–425.
- Kraatz, Friederike*: Parlamentsvorbehalt im Gentechnikrecht. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zum Regelungsumfang des Gentechnikgesetzes, Baden-Baden 1995.
- Kraus, Herbert*: Rechtsgutachten über die parlamentarische Behandlung von verfassungsändernden Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. II, 1. Halbbd., München 1952, S. 139–147.
- Krebs, Walter*: Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte. Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes, Berlin 1975.
- : Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen. Ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrollen, Heidelberg 1984.
- : Kompensation von Verwaltungsverfahren Fehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz? Zur Problematik des § 46 VwVfG des Bundes und der Länder, DVBl. 1984, S. 109–116.
- Kring, Jennifer*: Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?, NVwZ 2019, 23–28.
- Krings, Günter*: Das Gesetz im demokratischen Verfassungsstaat, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 2, S. 41–67.
- : Das Steuerungspotenzial der Gesetzgebung, in: Kahl, Wolfgang/Mager, Ute (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, Baden-Baden 2019, S. 241–259.
- Kroll, Thorsten*: Das Bundesverfassungsgericht setzt „Maßstäbe“ – Wie geht es nun weiter im Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern? Anmerkungen zum Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 11.11.1999, StuW 2000, S. 45–80.

- Krönke, Christoph*: Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, S. 568–575.
- Krüger, Uwe*: Der Adressat des Rechtsgesetzes. Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre, Berlin 1969.
- Kruis, Tobias*: Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, Tübingen 2013.
- Krüper, Julian*: Das Wissen des Parlaments, in: Morlok, Martin/Schliesky, Utz/Wiefel-spütz, Dieter (Hrsg.), Parlamentsrecht. Praxishandbuch, Baden-Baden 2016, § 38, S. 1141–1177.
- : Bestandsschutz und Konzeptpflichten bei der Neuordnung des Spielhallenmarktes. Zur Umsetzung der Mindestabstände nach § 25 Abs. 1 GlüStV, ZfWG 2016, S. 390–399.
- Kube, Hanno*: Vom Gesetzesvorbehalt des Parlaments zum formellen Gesetz der Verwaltung?, NVwZ 2003, S. 57–60.
- Kubicek, Herbert/Lippa, Barbara/Westholm, Hilmar*: Medienmix in der Bürgerbeteiligung. Die Integration von Online-Elementen in Beteiligungsverfahren auf lokaler Ebene, Berlin 2009.
- Kuffer, Johann*: Die Normsetzung als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG, Dissertationsschrift, Regensburg 1976.
- Kügel, J. Wilfried*: Beteiligung und Rechtsschutz der Arzneimittelhersteller bei der Nutzenbewertung von Arzneimitteln durch das IQWiG (Teil 1), NZS 2006, S. 232–237.
- Kugelmann, Dieter*: Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr? Anforderungen an die Voraussetzungen polizeilicher Eingriffsbefugnisse, DÖV 2003, S. 781–789.
- Kühling, Jürgen*: Regulierungskonzepte nach § 15a TKG-E – ein neuer Baustein im Regulierungsverwaltungsrecht?, JZ 2012, S. 341–349.
- : Subventionsrecht, in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, 4. Auflage, Heidelberg 2019, § 30, S. 1254–1304.
- Kunert, Franz-Josef*: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, Berlin 1977.
- Kunig, Philip*: Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986.
- : Zur „hinreichenden Bestimmtheit“ von Norm und Einzelakt, JURA 1990, S. 495–498.
- : Einzelfallentscheidungen durch Gesetz, JURA 1993, S. 308–314.
- Küper, Wilfried*: Die Grundlagen der Kompensation und die Voraussetzungen der Straffreierklärung nach § 199 StGB, JZ 1968, S. 651–661.
- Kürschner, Alexandra*: Legalplanung. Eine Studie am Beispiel des Standortauswahlgesetzes für ein atomares Endlager, Tübingen 2020.
- Kurz, Alexander*: Juristische Aspekte der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Planung und Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben. Juristischer Schlußbericht im Rahmen des Projektes „Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umweltrelevanten Großvorhaben“, 3. Auflage, Speyer 1994.
- Küster, Otto*: Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AÖR 75 (N.F. 36) (1949), S. 397–413.
- Kutscha, Martin*: „Schleierfahndung“ und Aufenthaltsverbot. Neue Polizeibefugnisse in Berlin, Brandenburg und Sachsen, LKV 2000, S. 134–137.
- Kutscheidt, Ernst*: Die Verordnung über Großfeuerungsanlagen, NVwZ 1984, S. 409–414.

- Ladeur, Karl-Heinz*: Gefahrenabwehr und Risikovorsorge bei der Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen nach dem Gentechnikgesetz, NuR 1992, S. 254–262.
- : Risikooffenheit und Zurechnung – insbesondere im Umweltrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns. Kolloquium im Internationalen Wissenschaftszentrum Heidelberg im Juni 1993, Baden-Baden 1994, S. 111–137.
- : Freiheit als Anspruch auf verschärfte staatliche Planung, FAZ Einspruch v. 30.4.2021.
- : Die Kommunikationsinfrastruktur der Verwaltung, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Auflage, München 2022, § 21, S. 1511–1586.
- Ladeur, Karl-Heinz/Gostomzyk, Tobias*: Der Gesetzesvorbehalt im Gewährleistungsstaat, Die Verwaltung 36 (2003), S. 141–169.
- Ladeur, Karl-Heinz/Möllers, Christoph*: Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, S. 525–535.
- Lamb, Irene*: Kooperative Gesetzeskonkretisierung. Verfahren zur Erarbeitung von Umwelt- und Technikstandards, Baden-Baden 1995.
- Landsman, Stephan/Rakos, Richard F.*: A Preliminary Inquiry into the Effect of Potentially Biasing Information on Judges and Jurors in Civil Litigation, Behavioral Sciences and the Law 12 (1994), S. 113–126.
- Lane, Sean M./Schooler, Jonathan W.*: Skimming the Surface. Verbal Overshadowing of Analogical Retrieval, Psychological Science 15 (2004), S. 715–719.
- Lang, Heinrich*: Gesetzgebung in eigener Sache. Eine rechtstheoretische und rechtssystematische Untersuchung zum Spannungsverhältnis von Distanzgebot und Eigentum, Tübingen 2007.
- : Funktionen der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Auflage, Heidelberg 2014, § 266, S. 415–433.
- Lange, Friederike Valerie*: Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA, Tübingen 2010.
- Lange, Klaus*: Staatliche Steuerung durch offene Zielvorgaben im Lichte der Verfassung, VerwArch 82 (1991), S. 1–24.
- Langenbach, Isabel*: Kommentierung zu § 8 VgV, in: Burgi, Martin/Dreher, Meinrad (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 3. Auflage, München 2019.
- Langenbach, Pascal*: Der Anhörungseffekt. Verfahrensfairness und Rechtsbefolgung im allgemeinen Verwaltungsverfahren, Tübingen 2017.
- Läpple, Doris/Barham, Bradford L.*: How do learning ability, advice from experts and peers shape decision making?, Journal of Behavioral and Experimental Economics 80 (2019), S. 92–107.
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg 1991.
- Lassahn, Philipp*: Rechtsprechung und Parlamentsgesetz. Überlegungen zu Anliegen und Reichweite eines allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes, Tübingen 2017.
- Lassahn, Philipp/Steenbreker, Thomas*: Gedanken zur Rechtsdogmatik, JR 2015, S. 553–560.
- Latzel, Clemens*: Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie. Gelenkte Privatautonomie, Berlin 2020.



- Laubinger, Hans-Werner*: Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verfahrens, *VerwArch* 73 (1982), S. 60–85.
- Lee, Hanjoon/Herr, Paul. M./Cardes, Frank R./Kim, Chankon*: Motivated Search: Effects of Choice Accountability, Issue Involvement, and Prior Knowledge on Information Acquisition and Use, *Journal of Business Research* 45 (1999), S. 75–88.
- Lee, Maria/Abbot, Carolyn*: The Usual Suspects? Public Participation Under the Aarhus Convention, *The Modern Law Review* 66 (2003), S. 80–108.
- Lege, Joachim*: Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, *DVBl.* 2007, S. 1053–1064.
- : Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 67 (2008), S. 344–345.
- Leibholz, Gerhard*: Die Verfassungsdurchbrechung. Betrachtungen aus Anlaß der geplanten parlamentarischen Reichspräsidentenwahl vom Januar 1932, *AöR* 61 (N.F. 22) (1932), S. 1–26.
- Leiter, Brian*: Legal Indeterminacy, *Legal Theory* 1 (1995), S. 481–492.
- Lembke, Ulrike*: Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin 2009.
- Lennartz, Jannis*: Dogmatik als Methode, Tübingen 2017.
- Lenz, Christofer/Gerhold, Maximilian*: Die absolute Obergrenze der staatlichen Parteienfinanzierung als Instrument verfassungsrichterlicher Kontrolle der Politik, *NVwZ* 2023, S. 375–379.
- Lepsius, Oliver*: Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, Tübingen 1997.
- : Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, *VVDStRL* 63 (2004), S. 264–315.
- : Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen 2008, S. 1–49.
- : Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts, *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), S. 179–204.
- : Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 159–279.
- : Gesetz und Gesetzgebung, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München 2021, § 12, S. 777–846.
- Lerche, Peter*: Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren, in: Lerche, Peter/Schmitt Glaeser, Walter/Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, Heidelberg 1984, S. 97–127.
- : Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. III, Heidelberg 2009, § 62, S. 301–331.
- Lerner, Jennifer S./Goldberg, Julie H./Tetlock, Philip E.*: Sober Second Thought: The Effects of Accountability, Anger, and Authoritarianism on Attributions of Responsibility, *Personality and Social Psychology Bulletin* 24 (1998), S. 563–574.
- Lerner, Jennifer S./Tetlock, Philip E.*: Accounting for the Effects of Accountability, *Psychological Bulletin* 125 (1999), S. 255–275.
- Freiherr von Lersner, Heinrich*: Verfahrensvorschläge für umweltrechtliche Grenzwerke, *NuR* 1990, S. 193–197.

- Lewandowsky, Stephan/Ecker, Ullrich K.H./Seifert, Colleen M./Schwarz, Norbert/Cook, John*: Misinformation and Its Correction: Continued Influence and Successful Debiasing, *Psychological Science in the Public Interest* 13 (2012), S. 106–131.
- Lienbacher, Georg*: Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, *VVDStRL* 71 (2012), S. 7–48.
- Linck, Joachim*: Das „Maßstäbengesetz“ zur Finanzverfassung – ein dogmatischer und politischer Irrweg. Anmerkungen zum FAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *DÖV* 2000, S. 325–329.
- Lindner, Josef Franz*: Das BVerfG, der Länderfinanzausgleich und der „Schleier des Nichtwissens“. Anmerkungen zu einem staatsfundamentalphilosophischen Rückgriff des BVerfG, *NJW* 2000, S. 3757–3760.
- Linke, Tobias*: Ein verfassungswidriger „Wachhund für den Bürokratieabbau“? Der Nationale Normenkontrollrat im inneren Gesetzgebungsverfahren der Regierung, *JZ* 2016, S. 1081–1089.
- Linzbach, Karoline*: Die Prozeduralisierung des europäischen Umweltrechts, *EurUP* 2020, S. 93–105.
- Lippert, André*: Die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei großen Infrastrukturvorhaben, *ZUR* 2013, S. 203–211.
- Lisken, Hans*: „Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität“?, *NVwZ* 1998, S. 22–26.
- Lisken, Hans/Mokros, Reinhard*: Richter- und Behördenleitervorbehalte im neuen Polizeirecht, *NVwZ* 1991, S. 609–614.
- Liu, Zhuang*: Does Reason Writing Reduce Decision Bias? Experimental Evidence from Judges in China, *Journal of Legal Studies* 47 (2018), S. 83–118.
- Liu, John Zhuang/Li, Xueyao*: Legal Techniques for Rationalizing Biased Judicial Decisions: Evidence from Experiments with Real Judges, *Journal of Empirical Legal Studies* 16 (2019), S. 630–670.
- Loewenstein, Karl*: Verfassungslehre, 4. Auflage, Tübingen 2000.
- Löffelmann, Markus*: Die Zukunft der deutschen Sicherheitsarchitektur – Vorbild Bayern?, *GSZ* 2018, S. 85–91.
- Lohmann, Hans Henning*: Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, Berlin 1972.
- Lohse, Eva Julia*: Begründung im Verwaltungsverfahren, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrecht*, Bd. IV, München 2022, § 111, S. 777–814.
- Lopez-Persem, Alizée/Domenech, Philippe/Pessiglione, Mathias*: How prior preferences determine decision-making frames and biases in the human brain, *eLife* 5 (2016), e20317, S. 1–20.
- Lord, Charles G./Lepper, Mark R./Preston, Elizabeth*: Considering the Opposite: A Corrective Strategy for Social Judgment, *Journal of Personality and Social Psychology* 47 (1984), S. 1231–1243.
- Lorenz, Dieter*: *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, München 1973.
- : Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, *AöR* 105 (1980), S. 623–649.
- : Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG, *JURA* 1983, S. 393–400.
- Lošek, Fritz* (Hrsg.): *Stowasser. Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch*, München 2016.

- Löwer, Kurt*: Grundrechtlicher Eigentumsschutz und Legalenteignung. Gedanken zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1969, S. 832–834.
- Löwer, Wolfgang*: Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Auflage, Heidelberg 2005, § 70, S. 1285–1526.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Stufen des Grundrechtsschutzes gegen Verfahrensverstöße, in: Schwarze, Jürgen/Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Grundrechtsschutz im nationalen und internationalen Recht. Werner von Simson zum 75. Geburtstag, Baden-Baden 1983, S. 137–165.
- : Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung und Normkonkretisierung im Umweltrecht, ZG 6 (1991), S. 219–248.
- : Vollzugsprobleme der Umweltverwaltung, NuR 1993, S. 217–229.
- : Modernisierung des umweltbezogenen Ordnungsrechts, in: Roßnagel, Alexander/Neuser, Uwe (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht. Dokumentation der „Haydauer Hochschul-Gespräche 1995“, Baden-Baden 1996, S. 97–118.
- : Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 246–289.
- Lucke, Doris Mathilde*: „Kein Mensch hat das Recht zu gehorchen“ – Rechtsbefolgung aus soziologischer Perspektive, in: Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht? Rechtsverbindlichkeit und Rechtsbefolgung in interdisziplinärer Perspektive, Tübingen 2019, S. 73–100.
- Lücke, Jörg*: Begründungszwang und Verfassung. Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente, Tübingen 1987.
- : Vorläufige Staatsakte. Auslegung, Rechtsfortbildung und Verfassung am Beispiel vorläufiger Gesetze, Urteile, Beschlüsse und Verwaltungsakte, Tübingen 1991.
- : Die Allgemeine Gesetzgebungsordnung. Zu den verfassungsimmanenten Grundpflichten des Gesetzgebers und der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit ihrer gesetzlichen Konkretisierung und Ausgestaltung, ZG 16 (2001), S. 1–49.
- Lüdemann, Jörn*: Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S. 27–30.
- : Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, in: Lüdemann, Jörn (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn. Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, Tübingen 2008, S. 69–99.
- : Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Funke, Andreas/Lüdemann, Jörn (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Tübingen 2009, S. 119–143.
- Ludwigs, Markus*: Die Rolle der Kartellbehörden im Recht der Regulierungsverwaltung. Energiewirtschaftsrecht – Telekommunikationsrecht – Postrecht – Eisenbahnrecht, WuW 2008, S. 534–550.
- : Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290–297.
- : Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency?. Europarechtliche Anstöße und verfassungsrechtliche Grenzen, Die Verwaltung 44 (2011), S. 41–74.
- : EU-rechtliche Vorgaben und nationale Gestaltungsspielräume – Behördenunabhängigkeit und Regulierungsermessen als Sicherung der effektiven Umsetzung von EU-Recht?, in: Säcker, Franz Jürgen/Schmidt-Preuß, Matthias (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts. Vorträge auf dem Gründungskongress der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht am 21./22. November 2013 in Berlin, Baden-Baden 2015, S. 251–278.

- : Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte. Dogmatische Grundlagen, verfassungsrechtlicher Rahmen und europarechtliche Herausforderungen, DÖV 2020, S. 405–415.
- Luettgau, Lennart/Tempelmann, Claus/Kaiser, Luca Franziska/Jocham, Gerhard*: Decisions bias future choices by modifying hippocampal associative memories, *Nature Communications* 11 (2020), Article 3318, S. 1–14.
- Luhmann, Niklas*: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993.
- : Legitimation durch Verfahren, 9. Auflage (Erstauflage 1969), Frankfurt am Main 2013.
- Lukes, Rudolf*: Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Fragen der Gentechnik, DVBl. 1990, S. 273–278.
- Maaßen, Hans-Georg*: in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014, § 8, S. 191–227.
- Maciejewski, Karim*: Verfassungskonkretisierung durch Maßstäbengesetzgebung, in: Rensen, Hartmut/Brink, Stefan (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Bd. 1, Berlin 2009, S. 391–409.
- Magen, Stefan*: Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht, in: Kirchhof, Gregor/Korte, Stefan/Magen, Stefan (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht. Neuvermessung eines Rechtsgebiets, Heidelberg u. a. 2014, § 2, S. 17–61
- Magiera, Sigfried*: Kommentierung zu Art. 40 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021.
- Malaviya, Nina*: Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren. Zur staatlichen Güterverteilung in Konkurrenzsituationen, Tübingen 2009.
- Mann, Thomas*: Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 544–593.
- Marquard, Odo*: Kompensation, in: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, Basel/Stuttgart 1976, Sp. 912–918.
- Martin, Jule*: Das Steuerungskonzept der informierten Öffentlichkeit. Neue Impulse aus dem Umweltrecht des Mehrebenensystems, Berlin 2012.
- Martínez Soria, José*: Verdachtsunabhängige Kontrollen durch den Bundesgrenzschutz, NVwZ 1999, S. 270–272.
- Martini, Mario*: Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung. Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten staatlichen Verwaltung des Mangels, Tübingen 2008.
- : Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Auflage, München 2022, § 33, S. 417–512.
- Marxsen, Christian*: Geltung und Macht. Jürgen Habermas' Theorie von Recht, Staat und Demokratie, München 2011.
- Masing, Johannes*: Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D für den 66. Juristentag, München 2006.
- Maturana, Simón*: Debiasing Administration: Kognitive Heuristiken und Verzerrungen im Verwaltungsverfahren, DÖV 2022, S. 941–948.
- Maurer, Hartmut*: Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen 2001, S. 467–503.

- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020.
- Mayen, Thomas*: Das planungsrechtliche Abwägungsgebot im Telekommunikationsrecht. Dargestellt am Beispiel des § 21 TKG, NVwZ 2008, S. 835–842.
- : Das Regulierungsermessen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Ewer, Wolfgang/Ramsauer, Ulrich/Reese, Moritz/Rubel, Rüdiger (Hrsg.), Methodik – Ordnung – Umwelt. Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines siebzigsten Geburtstags, Berlin 2014, S. 131–143.
- Mayer, Christian*: Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996.
- Mayntz, Renate* (Hrsg.): Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte, Opladen 1980.
- Mayntz, Renate*: Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme. Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma, in: Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens/Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1, Baden-Baden 1987, S. 89–110.
- : Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: von Beyme, Klaus/Offe, Claus (Hrsg.), Politische Theorien in der Ära der Transformation, PVS-Sonderheft 26, Opladen 1996, S. 148–168.
- McAllister, Daniel W./Mitchell, Terence R./Beach, Lee Roy*: The Contingency Model for the Selection of Decision Strategies: An Empirical Test of the Effects of Significance, Accountability, and Reversibility, *Organizational Behavior and Human Performance* 24 (1979), S. 228–244.
- McMackin, John/Slovic, Paul*: When Does Explicit Justification Impair Decision Making? *Applied Cognitive Psychology* 14 (2000), S. 527–541.
- Meermagen, Bettina/Schultzky, Hendrik*: Das Verfahren der Gesetzgebung vor dem Bundesverfassungsgericht, *VerwArch* 101 (2010), S. 539–565.
- Mehde, Veith*: Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin 2000.
- : Kommentierung zu Art. 28 Abs. 1 GG (Stand der Bearbeitung: 76. Erg.-Lfg. Dezember 2015), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- : Kommentierung zu Art. 28 Abs. 2 GG (Stand der Bearbeitung: 67. Erg.-Lfg. November 2012), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- Mehde, Veith/Hanke, Stefanie*: Gesetzgeberische Begründungspflichten und -obliegenheiten. Die neuen Ansätze in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, *ZG* 25 (2010), S. 381–398.
- Meinel, Florian*: Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems. Vergleichende Studien zu einem Verfassungsproblem der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2019.
- : Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition: Zur Rechtsprechung seit dem Lissabon-Urteil, *Der Staat* 60 (2021), S. 43–98.
- Meissner, Christian A./Memon, Amina*: Verbal Overshadowing: A Special Issue Exploring Theoretical and Applied Issues, *Applied Cognitive Psychology* 16 (2002), S. 869–872.
- Meißner, Martin*: Die Bundesländer und die Europäischen Gemeinschaften. Eine Untersuchung zur Garantie des Bundesstaatsprinzips unter Berücksichtigung der Kompetenzkompensation und der Regelung des Art. 23 GG n.F., Baden-Baden 1996.

- Melcher, Joseph M./Schooler, Jonathan W.:* Perceptual and conceptual training mediate the verbal overshadowing effect in an unfamiliar domain, *Memory & Cognition* 32 (2004), S. 618–631.
- Mengel, Hans-Joachim:* Die verfahrensmäßigen Pflichten des Gesetzgebers und ihre verfassungsgerichtliche Kontrolle, *ZG* 5 (1990), S. 193–212.
- Mengering, Kim Sophie:* Die Entgeltregulierung im Telekommunikations- und Energierecht. Ermittlungsmethoden, Regulierungsermessen, Kontrolldichte, Baden-Baden 2017.
- Menke, Christoph:* Die Souveränität der Kunst. Ästhetische Erfahrung nach Adorno und Derrida, Frankfurt am Main 1991.
- Mentzinis, Pablo:* Kommentierung zu § 6 UVgO, in: Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), *Vergaberecht. Handkommentar*, 3. Auflage, Baden-Baden 2019.
- : Kommentierung zu § 134 GWB, in: Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), *Vergaberecht. Handkommentar*, 3. Auflage, Baden-Baden 2019.
- Menzel, Hans-Joachim:* Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater? Dargestellt am Beispiel der Beteiligung von Gewerkschaften in Gremien der Wirtschaftsverwaltung, Berlin 1980.
- Merkel, Adolf Julius:* Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin 1927.
- : Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts (1918), in: Klecatsky, Hans/Marcic, René/Schambeck, Herbert (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, Bd. 1, 1968, S. 1091–1113.
- Merten, Detlef,* „Gute“ Gesetzgebung als Verfassungspflicht oder Verfahrenslast?, *DÖV* 2015, S. 349–360.
- Mesenburg, Philipp:* Erosion staatlicher Vollzugsbefugnisse im Gentechnikrecht. Zum Einfluß der Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS) und der gemeinschaftsrechtlichen Komitologie in den gentechnikrechtlichen Zulassungsverfahren, Berlin 2003.
- Meshi, Dar/Biele, Guido/Korn, Christoph W./Heekeren, Hauke R.:* How Expert Advice Influences Decision Making, *PLOS One* 7 (2012), e49748, S. 1–12.
- Meßerschmidt, Klaus:* Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000.
- : Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik. Entwicklungstendenzen der Legisprudenz – Teil 1, *ZJS* 2008, S. 111–122.
- Meßling, Miriam:* Grundrechtsschutz durch Gesetzgebungsverfahren. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010 (SGB II-Regelsatz-Urteil), in: Hohmann-Dennhardt, Christine/Masuch, Peter/Villiger, Mark (Hrsg.), *Grundrechte und Solidarität. Durchsetzung und Verfahren. Festschrift für Renate Jaeger, Kehl am Rhein* 2011, S. 787–821.
- Meyer-Sebastian, André:* Kommentierung zu § 131 TKG, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, München 2013.
- Meyn, Karl-Ulrich:* Kontrolle als Verfassungsprinzip. Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Baden-Baden 1982.
- Michael, Lothar/Morlok, Martin:* Grundrechte, 8. Auflage, Baden-Baden 2023.
- Michl, Fabian:* Zwischen bewusster Auswahl und selektiver Wahrnehmung. Zur selektiven Rezeption von Rechtsprechung durch die Rechtswissenschaft im europäischen Kontext, in: Mülder, Marje/Drechsler, Stefan/Helmrich, Christian/Streule, Veronika/Weitensteiner, Julia (Hrsg.), *Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffent-*

- lichen Recht. 58. Assistententagung Öffentliches Recht. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten, Baden-Baden 2018, S. 379–405.
- : Schleierhafte Schleierfahndung. Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an anlasslose Personenkontrollen, DÖV 2018, S. 50–59.
- : Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten, JuS 2020, S. 507–510.
- : Der Staat als Ehrenmann? Zur Nichtbefolgung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Michl, Fabian/Holterhus, Till Patrik (Hrsg.), Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität, Tübingen 2022, S. 73–93.
- Middel, Stefan*: Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, Baden-Baden 2007.
- Mödinger, Maximilian*: Bessere Rechtsetzung. Leistungsfähigkeit eines europäischen Konzepts, Tübingen 2020.
- Möller, Matthias*, Spielräume, Prärogativen und Kontrolldichte in der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle. Zum Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Berlin 2022.
- Möllers, Christoph*: Polizeikontrollen ohne Gefahrverdacht. Ratio und rechtliche Grenzen der neuen Vorsorgebefugnisse, NVwZ 2000, S. 382–387.
- : Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005.
- : Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AöR 132 (2007), S. 493–538.
- : Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008.
- : Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht. Zu Theorie und Dogmatik dreier Dimensionen des Verwaltungsrechts, in: Trute, Hans-Heinrich/Groß, Thomas/Röhl, Hans Christian/Möllers, Christoph (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 489–512.
- : Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 281–422.
- : Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?, in: Geis, Anna/Nullmeier, Frank/Daase, Christopher (Hrsg.), Der Aufstieg der Legitimitätspolitik. Rechtfertigung und Kritik politisch-ökonomischer Ordnungen, Baden-Baden 2012, S. 398–415.
- : Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015.
- : Demokratie, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, § 5, S. 317–382.
- : Methoden, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Auflage, München 2022, § 2, S. 71–134.
- Möllers, Christoph/Weinberg, Nils*: Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Zum Beschluss des BVerfG v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, JZ 2021, S. 1069–1078.
- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Tübingen 1999.
- Morlok, Martin*: Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, Berlin 1988.

- : Retrospektive Kompensation der Folgen rechtswidrigen Hoheitshandelns, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Auflage, München 2013, § 54, S. 1243–1296.
  - : Volksvertretung als Grundaufgabe, in: Morlok, Martin/Schliesky, Utz/Wiefelspütz, Dieter (Hrsg.), Parlamentsrecht. Praxishandbuch, Baden-Baden 2016, § 3, S. 143–186.
  - : Das Bundesverfassungsgericht und das Geld der Parteien. Die Entscheidungen des BVerfG zur Anhebung der absoluten Obergrenze und zur Finanzierung der parteinahen Stiftungen: BVerfG, Urteil v. 24.1.2023 – 2 BvF 2/18 und Urteil v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, JZ 2023, S. 677–683.
- Morlok, Martin/Michael, Lothar*: Staatsorganisationsrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2019.
- Möstl, Markus*: Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Tübingen 2002.
- : Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts. Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl. 2007, S. 581–589.
  - : Regelungsfelder der Verfassung, in: Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 17, S. 569–597.
  - : Kommentierung zu § 43 VwGO, in: Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), BeckOK VwGO, Stand: 65. Ed. 01.01.2023, München.
- Motsenok, Marina/Steiner, Talya/Netzer, Liat/Feldman, Yuval/Sulitzeanu-Kenan, Raanan*: The slippery slope of rights-restricting temporary measures: an experimental analysis, Behavioural Public Policy 2020, S. 1–21.
- Müller, Andreas*: Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln. Eine Untersuchung planerischer Handlungsformen der Exekutive im Bereich sich wandelnder Querschnittsaufgaben, Baden-Baden 1992.
- Müller, Friedrich*: Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, 2. Auflage, Berlin 2007.
- Müller, Jan-Werner*: Verfassungspatriotismus, Berlin 2010.
- Müller, Oswin*: Der Abschied von der konkreten Gefahr als polizeirechtliche Eingriffsbefugnis, StV 1995, S. 602–606.
- Müller, Roland*: Grenzen der Vorsorgepflicht? Zum räumlichen Geltungsbereich des § 5 Nr. 2 BImSchG bei Luftschadstoffen und zu einer möglichen Anknüpfung der Umweltverträglichkeitsprüfung, NuR 1986, S. 16–22.
- Müller, Timotheus*: Die Europäisierung der Verwaltungsverfahrensgesetze in Deutschland und Spanien, Tübingen 2019.
- Müller-Franken, Sebastian*: Maßvolles Verwalten. Effiziente Verwaltung im System exekutiver Handlungsmaßstäbe am Beispiel des maßvollen Gesetzesvollzugs im Steuerrecht, Tübingen 2004.
- Müller-Ibold, Till*: Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main u. a. 1990.
- Müller-Terpitz, Ralf*: Die Beteiligung des Bundesrates am Willensbildungsprozeß der Europäischen Union. Das Bundesratsverfahren nach Art. 23 Abs. 2, 4 bis 7 GG unter besonderer Berücksichtigung seiner verfahrensrechtlichen Ausgestaltung, Stuttgart 1999.



- : Kommentierung zu § 80 BVerfGG (Stand der Bearbeitung: 46. Erg.-Lfg. April 2015), in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, München.
- Münkler, Laura*: Expertokratie. Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus, Tübingen 2020.
- Murswiek, Dietrich*: Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978.
- Musil, Andreas*: Beobachtungspflichten im öffentlichen Recht als Ausdruck des Vorsorgeprinzips, KrV 2019, S. 53–57.
- von Mutius, Albert*: Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?, NJW 1982, S. 2150–2160.
- : Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen im Verwaltungsrecht, JURA 1987, S. 92–101.
- Mutz, Diana C.*: Is Deliberative Democracy a Falsifiable Theory?, Annual Review of Political Science 11 (2008), S. 521–538.
- Nachbaur, Andreas*: Das neue baden-württembergische Polizeigesetz – in Teilen verfassungswidrig, VBIBW 2021, S. 55–66.
- Nagel, Peter*: Problemaffinität und Problemvergessenheit. Eine Betrachtung zur Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, DÖV 2010, S. 268–275.
- Nanz, Patrizia/Fritsche, Miriam*: Handbuch Bürgerbeteiligung. Verfahren und Akteure, Chancen und Grenzen, Bonn 2012.
- Natus, Johannes*: Verfassungsverstoß durch Zweidrittelmehrheit? Verfassungstheoretische und demokratietheoretische Anforderungen an die verfassungsändernde Gewalt auf Grundlage eines dualistischen Rechtsverständnisses zwischen Sein und Sollen, Berlin 2017.
- Nell, Martin W.*: Beurteilungsspielraum zugunsten Privater. Die Übertragung der herkömmlichen Rechtsfigur auf das Verfahren regulierter Selbstregulierung im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) zugunsten von Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle (EFS), Berlin 2010.
- Nelskamp, Ulrich/Dahmen, Carolin*: Dokumentation im Vergabeverfahren, KommJur 2010, S. 208–215.
- Neubann, Esther*: Reflexives Recht aus Perspektive prozeduraler Gerechtigkeit – fortschrittliches oder angepasstes Recht?, in: Sheplyakova, Tatjana (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, S. 123–160.
- Neumann, Dieter*: Vorsorge und Verhältnismäßigkeit. Die kriminalpräventive Informationserhebung im Polizeirecht, Berlin 1994.
- Neumann, Ulfrid*: Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform, Baden-Baden 2004.
- Neumann, Volker*: Der Anspruch auf Krankenbehandlung – ein Rahmenrecht?, SGB 1998, S. 609–614.
- : Verantwortung, Sachkunde, Betroffenheit, Interesse: Zur demokratischen Legitimation der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2010, S. 593–600.
- Neumann, Werner/Külpmann, Christoph*: Kommentierung zu § 73 VwVfG, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, hrsgg. v. Michael Sachs/Heribert Schmitz, 10. Auflage, München 2023.
- Neunecker, Martina*: Partizipation trifft Repräsentation. Die Wirkungen konsultativer Bürgerbeteiligung auf politische Entscheidungen, Wiesbaden 2016.

- Neuser, Klaus*: Die Gesetzgebungskompetenzen für das Verwaltungsverfahren, Göttingen 1974.
- Newell, Ben R./Wong, Kwan Yao/Cheung, Jeremy C.H./Rakow, Tim*: Think, blink or sleep on it? The impact of modes of thought on complex decision making, *The Quarterly Journal of Experimental Psychology* 62 (2009), S. 707–732.
- Newig, Jens/Fritsch, Oliver*: Der Beitrag zivilgesellschaftlicher Partizipation zur Effektivitätssteigerung von Governance. Eine Analyse umweltpolitischer Beteiligungsverfahren im transatlantischen Vergleich, in: Bode, Ingo/Evers, Adalbert/Klein, Ansgar (Hrsg.), *Bürgergesellschaft als Projekt. Eine Bestandsaufnahme zu Entwicklung und Förderung zivilgesellschaftlicher Potenziale in Deutschland*, Wiesbaden 2009, S. 214–239.
- Nickerson, Raymond S.*: Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, *Review of General Psychology* 2 (1998), S. 175–220.
- Nicklisch, Fritz*: Technische Regelwerke – Sachverständigengutachten im Rechtssinne?, *NJW* 1983, S. 841–850.
- Niese, Werner*: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Göttingen 1950.
- Nimis, Jens*: Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2012.
- Nisbett, Richard E./Zukier, Henry/Lemley, Ronald E.*: The Dilution Effect: Nondiagnostic Information Weakens the Implications of Diagnostic Information, *Cognitive Psychology* 13 (1981), S. 248–277.
- Nolte, Jakob*: Rationale Rechtsfindung im Sozialrecht: Die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen an die Bestimmung des Existenzminimums im Lichte neuerer sozialgerichtlicher Rechtsprechung, *Der Staat* 52 (2013), S. 245–265.  
–: Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Grund und Grenzen der Anwendung des Zivilprozessrechts im Verwaltungsprozess, Tübingen 2015.
- Norton, Michael I./Vandello, Joseph A./Darley, John M.*: Casuistry and Social Category Bias, *Journal of Personality and Social Psychology* 87 (2004), S. 817–831.
- Notbohm, Robert*: Wirkungen und Grenzen von Institutionen exekutiver Folgenabschätzungskontrolle – Nationaler Normenkontrollrat und Ausschuss für Regulierungskontrolle im Vergleich, Berlin 2019.
- Nuber, Korbinian*: Dokumentationspflichten im Privatrecht, Wiesbaden 2019.
- Nusser, Julian*: Kommentierung zu § 49 PolG BW, in: Möstl, Markus/Trurnit, Christoph (Hrsg.), *BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg*, Stand: 29. Ed. 01.06.2023, München.
- Nußberger, Angelika*: Sachverständigenwissen als Determinante verwaltungsrechtlicher Einzelentscheidungen, *AöR* 129 (2004), S. 282–307.
- Obermayer, Klaus*: Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, *NJW* 1963, S. 1177–1185.
- Oberbracht, Dirk*: Die Parlamentarisierung des sozialhilferechtlichen Regelsatzes, Baden-Baden 1993.
- Offenbacher, Philipp*: Die Regulierung des Vectoring. Der entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss im Kräftefeld von Wettbewerb und hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen, Baden-Baden 2019.
- O'Hara, Laurence*: Konsistenz und Konsens. Die Anforderungen des Grundgesetzes an die Folgerichtigkeit der Gesetze, Tübingen 2018.

- Oldfather, Chad M.*: Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function, *The Georgetown Law Journal* 96 (2008), S. 1283–1345.
- Oldiges, Martin/Brinktrine, Ralf*: Baurecht, in: Steiner, Udo/Brinktrine, Ralf (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, 9. Auflage, Heidelberg 2018, § 3, S. 361–578.
- Oldenburg, Sophie*: *Die Öffentlichkeit von Rechtsnormen*, Berlin 2009.
- Ollinger, Gustav*: *Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilferecht. Zur unionsgerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen der EU-Beihilfeaufsicht*, Tübingen 2019.
- Önkal, Dilek/Gönül, M. Sinan/Goodwin, Paul/Thomson, Mary/Öz, Esra*: Evaluating expert advice in forecasting: User's reactions to presumed vs. experienced credibility, *International Journal of Forecasting* 33 (2017), S. 280–297.
- Opitz, Marc*: Kommentierung zu § 127 GWB, in: Burgi, Martin/Dreher, Meinrad/Opitz, Marc (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 4. Auflage, München 2022.
- Opp, Karl-Dieter*: *Soziologie im Recht*, Reinbek 1973.
- Ossenbühl, Fritz*: *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, Bad Homburg vor der Höhe 1968.
- : Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, *DVBl.* 1974, S. 309–313.
  - : Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Christian (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I, Tübingen 1976, S. 458–518.
  - : Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 39 (1981), S. 189–190.
  - : Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: Müller, Georg/Rhinow, René A./Schmid, Gerhard/Wildhaber, Luzius (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 183–194.
  - : Verfassungsrechtliche Grundfragen des Länderfinanzausgleichs gem. Art. 107 II GG, Baden-Baden 1984.
  - : Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Götz, Volkmar/Klein, Hans Hugo/Starck, Christian (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle. Göttinger Symposium*, München 1985, S. 9–35.
  - : Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, *NVwZ* 1986, S. 161–171.
  - : Richtlinien im Vertragsarztrecht, *NZS* 1997, S. 497–503.
  - : Der Gesetzgeber als Exekutive. Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Legalplanung, in: Erbguth, Wilfried/Oebbecke, Janbernd/Rengeling, Hans-Werner/Schulte, Martin (Hrsg.), *Planung. Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag*, München 2000, S. 183–194.
  - : Zum Verfassungsvorbehalt für Rechtserzeugung, in: Depenheuer, Otto/Heintzen, Markus/Jestaedt, Matthias/Axer, Peter (Hrsg.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg 2007, S. 309–323.
  - : Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 100, S. 135–181.

- : Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 101, S. 183–220.
- : Rechtsverordnung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 103, S. 261–302.
- Oster, Jan*: Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht. Eine vergleichende Untersuchung behördlicher Entscheidungsspielräume in der deutschen und amerikanischen Netzinfrastukturregulierung, Baden-Baden 2010.
- Oswald, Margit E./Wyler, Helen*: Fallstricke auf dem Weg zur „richtigen“ Entscheidung im Strafrecht: Eine Analyse aus psychologischer Sicht, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Kölbl, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.), „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“. Fehlerurteile im Strafprozess, Baden-Baden 2018, S. 103–131.
- Otting, Olaf*: Die neue Vergabeverordnung, NVwZ 2001, S. 775–777.
- Ottow, Sabine*: Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht. Die Einwirkungen des europäischen Rechts auf das deutsche Strafverfahren, Berlin 2014.
- Overkamp, Philipp Georg*: Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht. Verfassungsfragen angesichts des Ausstiegs aus der Kohleverstromung, Tübingen 2020.
- Pache, Eckhard*: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung, Tübingen 2001.
- : Garantie effektiven Verwaltungsrechtsschutzes, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. III, München 2022, § 77, S. 785–830.
- Paba, Johannes*: Warum befolgen wir Recht? – Rechtsbefolgung aus ökonomischer Perspektive, in: Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht? Rechtsverbindlichkeit und Rechtsbefolgung in interdisziplinärer Perspektive, Tübingen 2019, S. 43–72.
- Papier, Hans-Jürgen*: Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Götz, Volkmar/Klein, Hans Hugo/Starck, Christian (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle. Göttinger Symposion, München 1985, S. 36–67.
- : Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, DÖV 1986, S. 621–628.
- : Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, 3. Auflage, Heidelberg 2010, § 177, S. 507–552.
- Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes*: Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122 (1997), S. 177–211.
- Park, Byungwoog*: Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht. Eine Untersuchung am Beispiel der Entscheidung über sogenannte Online-Durchsuchungen, Berlin 2013.
- Pateman, Carole*: Participatory Democracy Revisited, Perspectives on Politics 10 (2012), S. 7–19.
- Patz, Anika*: Staatliche Aufsicht über Finanzinstrumente. Eine rechtsvergleichende juristisch-ökonomische Analyse zur Begründung einer materiellen staatlichen Aufsicht über Finanzinstrumente, Tübingen 2016.

- Paust, Andreas*: Grundlagen der Bürgerbeteiligung. Materialsammlung für die Allianz Vielfältige Demokratie, Gütersloh 2016, online einsehbar unter [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Vielfaeltige\\_Demokratie\\_gestalten/Materialsammlung\\_Buergerbeteiligung.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Vielfaeltige_Demokratie_gestalten/Materialsammlung_Buergerbeteiligung.pdf), zuletzt abgerufen am 22.08.2023.
- Pawlita, Cornelius*: Dokumentationspflichten des Vertragsarztes, *GesR* 2017, S. 620–625.
- Pawlowski, Hans-Martin*: Die drei Funktionen des staatlichen Gesetzes, *Rechtstheorie* 12 (1981), S. 9–27.
- Payandeh, Mehrdad*: Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, *AöR* 136 (2011), S. 578–615.
- : *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien*, Tübingen 2017.
- Payne, John W./Samper, Adriana/Bettman, James R./Luce, Mary Frances*: Boundary Conditions on Unconscious Thought in Complex Decision Making, *Psychological Science* 19 (2008), S. 1118–1123.
- Pegatzky, Claus*: *Parlament und Verordnungsgeber. Rechtsverordnungen im Spannungsfeld zwischen kompetenzrechtlicher Zuweisung und materieller Funktionsordnung*, Baden-Baden 1999.
- Peifer, Markus*: Die Reform des Normenkontrollrats, *GewArch* 2010, S. 479–482.
- Peine, Franz-Joseph*: *Systemgerechtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle*, Baden-Baden 1985.
- : Der vorläufige Verwaltungsakt, *DÖV* 1986, S. 849–859.
- Peitsch, Dietmar/Polzin, Christina*, *Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste*, *NVwZ* 2000, S. 387–393.
- Pennington, Donald C.*: Witnesses and Their Testimony. Effects of Ordering on Juror Verdicts, *Journal of Applied Social Psychology* 12 (1982), S. 318–333.
- Pernice-Warnke, Silvia*: *Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz des Bundes*, *EurUP* 2020, S. 145–162.
- Pescetelli, Niccolò/Hauperich, Anna-Katharina/Yeung, Nick*: Confidence, advice seeking and changes of mind in decision making, *Cognition* 215 (2021), Article 104810, S. 1–9.
- Peters, Anne*: *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001.
- Peters, Birgit*: *Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung? Die Öffentlichkeitsbeteiligung am Verwaltungsverfahren unter dem Einfluss internationalen und europäischen Rechts*, Tübingen 2020.
- Peters, Heinz-Joachim/Balla, Stefan/Hesselbarth, Thorsten*: *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung. Handkommentar*, Baden-Baden 2019.
- Petersen, Frank*: *Schutz und Vorsorge. Strukturen der Risikoerkennung, Risikozurechnung und Risikosteuerung der Grundpflichten im Bundes-Immissionsschutzgesetz*, Berlin 1993.
- Petersen, Niels*: Demokratie und Grundgesetz. Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit, *JöR* 58 (2010), S. 137–171.
- : *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle. Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, Tübingen 2015.
- Pfundmair, Michaela*: *Psychologie bei Gericht*, Berlin/Heidelberg 2020.
- Picker, Eduard*: Richterrecht und Rechtsdogmatik. Zur rechtsdogmatischen Disziplinierung des Richterrechts, in: Bumke, Christian (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Tübingen 2012, S. 85–119.

- Pieroth, Bodo*: Die Missachtung gesetzter Maßstäbe durch das Maßstäbengesetz, NJW 2000, S. 1086–1087.
- : Was bedeutet »Gesetz« in der Verfassung?, JURA 2013, S. 248–254.
- Pieroth, Bodo/Aubel, Tobias*: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, S. 504–510.
- Pietzcker, Jost*: Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 193–231.
- : Die deutsche Umsetzung der Vergabe- und Nachprüfungsrichtlinien im Lichte der neuen Rechtsprechung, NVwZ 1996, S. 313–319.
- : Die Zweiteilung des Vergaberechts. Subjektive Rechte, Rechtsschutz, Reform, Baden-Baden 2001.
- : Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, NZBau 2003, S. 242–249.
- : Kommentierung zu § 43 VwGO (Stand der Bearbeitung: 17. Erg.-Lfg. Oktober 2008), in: Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht. VwGO. Kommentar, München.
- Pilniok, Arne*: Die Dogmatik des Alimentationsprinzips zwischen Kontinuität und Innovation: Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Richterbesoldung, ZBR 2015, S. 361–368.
- Pitschas, Rainer*: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts, München 1990.
- : Innere Sicherheit und internationale Verbrechensbekämpfung als Verantwortung des demokratischen Verfassungsstaates, JZ 1993, S. 857–866.
- : Polizeirecht im kooperativen Staat. Innere Sicherheit zwischen Gefahrenabwehr und kriminalpräventiver Risikoversorge, DÖV 2002, S. 221–231.
- : Information der Leistungserbringer und Patienten im rechtlichen Handlungsrahmen von G-BA und IQWiG: Voraussetzungen und Haftung, MedR 2008, S. 34–41.
- Pitzen, Stefan*: Der Vorbehalt der Verfassung, Baden-Baden 2013.
- Plantholz, Markus*: Funktionelle Selbstverwaltung des Gesundheitswesens im Spiegel der Verfassung, Berlin 1998.
- Pöcker, Markus*: Das Parlamentsgesetz im sachlich-inhaltlichen Steuerungs- und Legitimationsverbund, Der Staat 41 (2002), S. 616–635.
- : Irritationen einer Grundlage des Rechtssystems: Die Problematik des Verhältnisses von materiellem Recht und Verfahrensrecht bei Planungsentscheidungen, DÖV 2003, S. 980–987.
- : Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik. Von der rationalistischen Rechtsvorstellung zu einer rechtstheoretisch angeleiteten Dogmatik des Öffentlichen Rechts, Tübingen 2007.
- Pohl, Siegmund*: Die Risikobewertung bei der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen. Eine vergleichende Studie des Rechts der Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2002.
- Pollmann, Tobias*: Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, Berlin 2009.
- Popp, Andreas*: Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren. Eine Darstellung am Beispiel der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, Berlin 2005.
- Poscher, Ralf*: Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.

- : Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit. Ihr System im Licht der neueren Verfassungsrechtsprechung, *Die Verwaltung* 41 (2008), S. 345–373.
- : Geteilte Missverständnisse. Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: Appel, Ivo/Hermes, Georg/Schönberger, Christoph (Hrsg.), *Öffentliches Recht im offenen Staat. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag*, Berlin 2011, S. 527–551.
- : Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Auflage, München 2012, § 8, S. 543–584.
- Pracht, Robert*: Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. *ultra vires*, Solange II, Verfassungsidentität, Tübingen 2022.
- Proelß, Alexander*: Das Regulierungsermessen – eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, *AöR* 136 (2011), S. 402–427.
- Prokisch, Rainer*: Die Justiziabilität der Finanzverfassung, Baden-Baden 1993.
- Propp, Andreas*: Das Verhältnis des Leistungsrechts zum Vertragsarztrecht, in: Schnapp, Friedrich E./Wigge, Peter (Hrsg.), *Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht*, 3. Auflage, München 2017, § 12, S. 457–491.
- Pryor, Thomas Knight*: *The Psychology of Legal Decision Making*, Ann Arbor 2016.
- Publ, Thomas*: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, *VVDStRL* 60 (2001), S. 456–512.
- Pünder, Hermann*: Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, *VerwArch* 95 (2004), S. 38–62.
- Püttner, Günter*: *Verwaltungslehre. Ein Studienbuch*, 4. Auflage, München 2007.
- Quabeck, Christian*: *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, Tübingen 2010.
- Quack, Karlheinz*: Zur Bedeutung der Begründungspflicht des § 57 GWB, in: Jagenburg, Walter/Maier-Reimer, Georg/Verhoeven, Thomas (Hrsg.), *Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag*, München 1985, S. 291–298.
- Raabe, Marius*: *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden 1998.
- Rabe, Stephan Friedrich*: *Der Rechtsgedanke der Kompensation als Legitimationsgrundlage für die regelungsersetzende Verwaltungsabsprache*, Frankfurt am Main u. a. 1996.
- Rabe von Kühlewein, Malte*: *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, Frankfurt am Main u. a. 2001.
- Rachlinski, Jeffrey J./Johnson, Sheri Lynn/Wistrich, Andrew J./Guthrie, Chris*: Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?, *Notre Dame Law Review* 84 (2009), S. 1195–1246.
- Ransiek, Andreas*: *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, Heidelberg 1989.
- Raschauer, Bernhard*: *Selbstbindungen der Verwaltung*, *VVDStRL* 40 (1981), S. 240–272.
- Rauber, Jochen*: *Strukturwandel als Prinzipienwandel. Theoretische, dogmatische und methodische Bausteine eines Prinzipienmodells des Völkerrechts und seiner Dynamik*, Berlin 2018.
- : Zukunftsorientierung und Prozeduralisierung im öffentlichen Recht. Parallelen in der Entwicklung von innerstaatlicher und völkerrechtlicher Ordnung, *AöR* 143 (2018), S. 67–121.
- Rawls, John*: *Political Liberalism*, New York 2005.

- Rbib, Abdelkader*: Beurteilungsspielräume im Europäischen Verwaltungsrecht am Beispiel des Migrations- und Umweltrechts, Berlin 2023.
- Redeker, Konrad*: Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 757–762.
- : Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, NVwZ 1992, S. 305–309.
- Redeker, Konrad/Karpenstein, Ulrich*: Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, NJW 2001, S. 2825–2831.
- Rehbinder, Manfred*: Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Probleme der Rechtspolitik, in: Rehbinder, Manfred/Schelsky, Helmut (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, Düsseldorf 1972, S. 25–46.
- : Rechtssoziologie 8. Auflage, München 2014.
- Reicherzer, Max*: Authentische Gesetzgebung. Gesetzesvorbereitende Vereinbarungen mit Umsetzungsgesetz auf dem Prüfstand des Grundgesetzes, Berlin 2006.
- Reidt, Olaf/Augustin, Julian*: Kommentierung zu § 17 UVPG, in: Schink, Alexander/Reidt, Olaf/Mitschang, Stephan (Hrsg.), Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz, Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz. Kommentar, München 2018.
- Reimer, Franz*: Qualitätssicherung. Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts, Baden-Baden 2010.
- : Kommentierung zu Art. 79 Abs. 1 und 2 GG, Stand der Kommentierung: 183. Aktualisierung März 2017, in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg.
- : Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Auflage, München 2022, § 11, S. 777–854.
- Reimer, Philipp*: Verfahrenstheorie. Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen, Tübingen 2015.
- : Können und Dürfen. Zur rechtstheoretischen Zentralität eines unterschätzten Begriffspaars, Rechtstheorie 48 (2017), S. 417–439.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion. Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997.
- : Materielle Entscheidungsbefugnisse im Gentechnikrecht. Ein Beitrag zu Technikbewältigung durch Recht, NVwZ 2003, S. 1446–1452.
- Reinhardt, Thorsten*: Kommentierung zu § 24 PolG BW, in: Möstl, Markus/Trurnit, Christoph (Hrsg.), BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 29. Ed. 01.06. 2023, München.
- Remmert, Barbara*: Kommentierung zu Art. 80 GG (Stand der Bearbeitung: 70. Erg.-Lfg. Dezember 2013), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- : Kommentierung zu Art. 103 Abs. 2 GG (Stand der Bearbeitung: 80. Erg.-Lfg. Juni 2017), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- Renn, Ortwin*: Risk Governance. Coping with Uncertainty in a Complex World, London/Sterling 2008.
- : Partizipation bei öffentlichen Planungen – Möglichkeiten, Grenzen, Reformbedarf, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2011, Berlin 2012, S. 129–166.



- Rensmann, Thilo*: Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, Tübingen 2007.
- Reuss, Hermann*: Das Ermessen. Versuch einer Begriffsklärung, DVBl. 1953, S. 585–589.  
–: Der unbestimmte Rechtsbegriff. Seine Bedeutung und seine Problematik, DVBl. 1953, S. 649–655.
- Reyes y Ráfales, Francisco Joel*: Mindestrationalität im inneren Gesetzgebungsverfahren als Verfassungspflicht, Rechtstheorie 45 (2014), S. 35–57.
- Rhode, Deborah L.*: Cheating. Ethics in Everyday Life, New York 2018.
- Ricken, Robin*: Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht. Zur Dogmatik der Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber, Baden-Baden 2014.
- Ridder, Helmut*: Kommentierung zu Art. 79 GG, in: Denninger, Erhard/Ridder, Helmut/Simon, Helmut/Stein, Ekkehart (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare, Bd. II, 2. Auflage, Neuwied 1989.
- Rieckhoff, Henning*: Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen 2007.
- Riedel, Ulrike/Führ, Martin/Tappeser, Beatrix*: Stellungnahme des Öko-Instituts Freiburg/Darmstadt zum Regierungsentwurf eines Gentechnikgesetzes, KJ 22 (1989), S. 349–364.
- Rieger, Reinhard*: Ermessen und innerdienstliche Weisung, Münster 1991.
- Riese, Kai-Uwe*: Kommentierung zu § 114 VwGO (Stand der Bearbeitung: 36. Erg.-Lfg. Februar 2019), in: Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht. VwGO. Kommentar, München.
- Ritter, Ernst-Hasso*: Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 69–112.
- Rixen, Stephan*: Verhältnis von IQWiG und G-BA: Vertrauen oder Kontrolle? Insbesondere zur Bindungswirkung der Empfehlungen des IQWiG, MedR 2008, S. 24–30.  
–: Rationalität des Rechts und „Irrationalität“ demokratischer Rechtsetzung. Eine Problemskizze am Leitfaden der „Hartz IV“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 61 (2013), S. 525–539.  
–: Rechtsweggarantie, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Auflage, München 2022, § 131.
- Robbers, Gerhard*: Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden 1987.
- Roebbing, Georg*: Das Vergaberecht im Wandel, JURA 2000, S. 453–461.
- Roellecke, Gerd*: Identität und Variabilität der Verfassung, in: Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 13, S. 453–488.
- Röhl, Hans Christian*: Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 2006, S. 831–839.  
–: Der rechtliche Kontext der Wissenserzeugung, Die Verwaltung, Beiheft 9 (2010), S. 65–87.  
–: Ausgewählte Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Auflage, München 2012, § 30, S. 731–798.  
–: Wissensgenerierung im Verwaltungsverfahren, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Auflage, München 2022, § 30, S. 243–268.

- Röhl, Klaus F.: Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick, ZfRSoz 14 (1993), S. 1–34.
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, Köln/München 2008.
- Ronellenfitsch, Michael: Maßnahmegesetze zur Beschleunigung von Verkehrsprojekten, DÖV 1991, S. 771–780.
- Rose-Ackerman, Susan/Egidy, Stefanie/Fowkes, James: Due Process of Lawmaking. The United States, South Africa, Germany, and the European Union, New York 2015.
- Roser, Thomas: Anhörung von Betroffenen im Gesetzgebungsverfahren: Können wir von ausländischen Erfahrungen lernen?, ZParl 15 (1984), S. 534–538.
- Rossen-Stadtfeld, Helge: Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Auflage, München 2012, § 29, S. 663–729.
- Roßnagel, Alexander: Wie sähen demokratie-angemessene Zulassungsverfahren aus? Am Beispiel Atomkraftwerke, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie, Jahrbuch 1985, Sensbachtal 1986, S. 233–240.
- Roßnagel, Alexander/Birzle-Harder, Barbara/Ewen, Christoph/Götz, Konrad/Hentschel, Anja/Horelt, Michel-André/Huge, Antonia/Stieß, Immanuel: Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft. Vorschläge zur Verbesserung der Planungs- und Genehmigungsverfahren, Kassel 2016.
- Roßnagel, Alexander/Ewen, Christoph/Götz, Konrad/Hefter, Thomas/Hentschel, Anja/Huge, Antonia/Schönfelder, Carla: Mit Interessengegensätzen fair umgehen – zum Einbezug der Öffentlichkeit in Entscheidungsprozesse zu dezentralen Energieanlagen, ZNER 2014, S. 329–337.
- Roßnagel, Alexander/Hentschel, Anja: Kommentierung zu § 10 BImSchG, in: Führ, Martin (Hrsg.), GK-BImSchG. Bundes-Immissionsschutzgesetz, 2. Auflage, Köln 2019.
- Roßner, Sebastian: Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht, NVwZ 2012, S. 22–25.
- Roters, Dominik: Die gebotene Kontrolldichte bei der gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, Frankfurt am Main u. a. 2003.
- : Kommentierung zu § 12 SGB V (Stand der Bearbeitung: 102. Erg.-Lfg. Dezember 2018), in: Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht. SGB I, SGB IV, SGB V, SGB VI, SGB VII, SGB X, SGB XI, München.
- : Kommentierung zu § 91 SGB V (Stand der Bearbeitung: 112. Erg.-Lfg. Dezember 2020), in: Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht. SGB I, SGB IV, SGB V, SGB VI, SGB VII, SGB X, SGB XI, München.
- : Kommentierung zu § 92 SGB V (Stand der Bearbeitung: 93. Erg.-Lfg. März 2017), in: Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht. SGB I, SGB IV, SGB V, SGB VI, SGB VII, SGB X, SGB XI, München.
- : Kommentierung zu § 94 SGB V (Stand der Bearbeitung: 84. Erg.-Lfg. Dezember 2014), in: Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht. SGB I, SGB IV, SGB V, SGB VI, SGB VII, SGB X, SGB XI, München.

- : Kommentierung zu § 139b SGB V (Stand der Bearbeitung: 109. Erg.-Lfg. Mai 2020), in: Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht. SGB I, SGB IV, SGB V, SGB VI, SGB VII, SGB X, SGB XI, München.
- Rottenwallner, Thomas*: Die Konzepte und die Konzeptpflichten der öffentlichen Verwaltung. Ein weites Feld mit vielen Fußangeln, VR 2014, S. 109–122.
- Rottleuthner, Hubert/Rottleuthner-Lutter, Margret*: Effektivität von Recht. Der Beitrag der Rechtssoziologie, in: Wagner, Gerhard (Hrsg.), Kraft Gesetz. Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, Wiesbaden 2010, S. 13–34.
- Rozek, Jochen*: Verfassungsrevision, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Auflage, Heidelberg 2014, § 257, S. 107–129.
- Rozelle, Richard M./Baxter, James C.*: Influence of Role Pressures on the Perceiver: Judgments of Videotaped Interviews Varying Judge Accountability and Responsibility, *Journal of Applied Psychology* 66 (1981), S. 437–441.
- Rubel, Rüdiger*: Planungsermessen. Norm- und Begründungsstruktur, Frankfurt am Main 1982.
- Ruf, Simone*: Die legislative Prognose. Verfassungsrechtliche Prognosepflicht im Rationalitätskonzept des Grundgesetzes, Tübingen 2021.
- Ruffert, Matthias*: Kommentierung zu Art. 41 EU-GRCh, in: Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 6. Auflage, München 2022.
- Rupp, Hans Heinrich*: Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69 (Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung des Brief-, Post- u. Fernmeldegeheimnisses durch Notstandsgesetzgebung), NJW 1971, S. 284.
- : Länderfinanzausgleich. Verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale Aspekte des Urteils des BVerfG vom 11.11.1999, JZ 2000, S. 269–272.
- Saalfrank, Valentin/Wesser, Sabine*: Die Pflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung zur Leistung neuer Behandlungsmethoden. Zugleich eine Anmerkung zum LIT-URteil des Bundessozialgerichts zum 7.11.2006 – B 1 KR 24/05 R, NZS 2008, S. 17–25.
- Sachs, Michael*: Kommentierung zu § 46 VwVfG, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, hrsgg. v. Michael Sachs/Heribert Schmitz, 10. Auflage, München 2023.
- : Verwaltung an den „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“, DVBl. 2020, S. 311–318.
- : Kommentierung zu Art. 19 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021.
- : Kommentierung zu Art. 20 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021.
- : Kommentierung zu Art. 79 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021.
- Sachs, Michael/Jasper, Christian*: Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume – Verfassungsrechtliche Grundlagen, NVwZ 2012, S. 649–653.
- Saensawatt, Thossaporn*: Die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des Grundgesetzes. Eine verfassungsrechtstheoretische und -dogmatische Untersuchung, insbesondere zum Verhältnis der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen zueinander, Tübingen 2022.
- Sagan, Adam*: Rückwirkende Rechtsprechungsänderung. Eine methodologische und dogmatische Studie zur zeitlichen Dimension höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderungen im Privatrecht, Baden-Baden 2022.

- Sabm, Christoph*: Kommentierung zu § 27 BImSchG, in: Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, München.
- Saladin, Peter*: Verfassungsreform und Verfassungsverständnis, AöR 104 (1979), S. 345–388.
- Saliger, Frank*: Prozeduralisierung im (Straf-)Recht, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Auflage, Heidelberg 2016, S. 434–452.
- Salzwedel, Jürgen*: Risiko im Umweltrecht – Zuständigkeit, Verfahren und Maßstäbe der Bewertung, NVwZ 1987, S. 276–279.
- Sander, Horst P.*: Zu neuen Entwicklungen des Immissionsschutzrechts. Bewertungen aus industrieller Sicht, DVBl. 1985, S. 269–276.
- Sandforth, Christoph*: Prozeduraler Steuerungsmodus und moderne Staatlichkeit, Baden-Baden 2002.
- Sauer, Heiko*: Öffentliches Reaktionsrecht. Theorie und Dogmatik der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen, Tübingen 2021.
- Sauer, Wilhelm*: Allgemeine Prozeßrechtslehre. Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis, Berlin 1951.
- Saurer, Johannes*: Die Begründung im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Verwaltungsverfahrenrecht, VerwArch 100 (2009), S. 364–390.
- : Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht. Die institutionelle Ausdifferenzierung der Verwaltungsorganisation der Europäischen Union in individueller Perspektive, Tübingen 2014.
- Shack, Petra*: Kommentierung zu § 10 BImSchG, in: Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 67. Ed. 01.07.2023, München.
- Schaefer, Jan Philipp*: Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts. Kontroversen reformorientierter Verwaltungsrechtswissenschaft, Tübingen 2016.
- Schäfer, Michael*: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Konkretisierung unbestimmter Sicherheitsstandards durch die Rezeption von Sachverstand, Baden-Baden 1998.
- Scharpf, Fritz W.*: Verhandlungssysteme, Verteilungskonflikte und Pathologien der politischen Steuerung, in: Schmidt, Manfred G. (Hrsg.), Staatstätigkeit. International und historisch vergleichende Analysen, PVS-Sonderheft 19, Opladen 1988, S. 61–87.
- Schauer, Frederick*: Giving Reasons, Stanford Law Review 47 (1995), S. 633–659.
- Scheffczyk, Fabian*: Verfassungsprozessuale Folgefragen von „Recht auf Vergessen I+II“, NVwZ 2020, S. 977–982.
- : Kommentierung zu § 93a BVerfGG, in: Walter, Christian/Grünwald, Benedikt (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, Stand: 15. Ed. 01.06.2023, München.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: Rechtsschutz bei normativem Unrecht, Berlin 1979.
- : Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, JZ 1988, S. 317–326.
- : Justizgewähr und Grundrechtsschutz, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, Heidelberg 2009, § 78, S. 923–976.
- : Altes und Neues zum Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen, NVwZ 2016, S. 720–729.
- : Rechtsschutz bei normativem Unrecht, NJW 2017, S. 1062–1068.

- : Kommentierung zu Art. 19 Abs. 4 GG, Stand der Kommentierung: 207. Aktualisierung September 2020, in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg.
- Scherzberg, Arno*: Behördliche Entscheidungsprärogativen im Prüfungsverfahren, NVwZ 1992, S. 31–33.
- : Die Öffentlichkeit der Verwaltung, Baden-Baden 2000.
- : Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in: Engel, Christoph/Halfmann, Jost/Schulte, Martin (Hrsg.), Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, Baden-Baden 2002, S. 113–144.
- : Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 214–263.
- Scheuing, Dieter H.*: Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1981), S. 153–186.
- Scheuner, Ulrich*: Beitritt der Bundesrepublik zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und Grundgesetz, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. II, 2. Halbbd., München 1953, S. 94–154.
- : Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat, in: Müller, Jörg Paul (Hrsg.), Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 127–142.
- : Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: von Camerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860–1960, Bd. 2, Karlsruhe 1960, S. 229–262.
- : Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat, in: Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 127–142.
- Schink, Alexander*: Öffentlichkeitsbeteiligung – Beschleunigung – Akzeptanz. Vorschläge zur Verbesserung der Akzeptanz von Großprojekten durch Öffentlichkeitsbeteiligung, DVBl. 2011, S. 1377–1385.
- : Bürgerakzeptanz durch Öffentlichkeitsbeteiligung in der Planfeststellung. Defizite und Verbesserungsvorschläge, ZG 26 (2011), S. 226–248.
- Schlacke, Sabine*: Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, S. 912–917.
- Schlaich, Klaus*: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99–146.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*: Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen. Ein Studienbuch, 12. Auflage, München 2021.
- Schliesky, Utz*: Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem, Tübingen 2004.
- : Legitimität. Vergangenheit, Gegenwart und digitale Zukunft des Staates und seiner Herrschaftsgewalt in einem Begriff, Berlin 2020.
- Schlink, Bernhard*: Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung, Berlin 1982.
- Schmacke, Norbert*: Beobachtungspflichten des G-BA. Welche Informationen benötigt der G-BA und wie kann er sie generieren?, KrV 2019, S. 58–62.
- Schmelter, Hubert*: Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative. Gleichzeitig ein Beitrag zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG, Berlin 1977.
- Schmidt, Jörg*: Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung über Grundlage, Gegenstand und

Grenzen der parlamentarischen Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung der ministerialfreien Räume und der Privatisierung, Berlin 2007.

*Schmidt, Johanna*: Überlange Strafverfahren im Lichte der §§ 198 ff. GVG. Verzögerungsrüge, Entschädigung und andere Möglichkeiten des Rechtsschutzes, Wiesbaden 2018.

*Schmidt, Johannes*: Die Beteiligung des Bundestags beim Erlaß von Rechtsverordnungen. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung parlamentarischer Mitwirkungsvorbehalte, Berlin 2002.

*Schmidt, Manfred G.*: Demokratietheorien. Eine Einführung, 6. Auflage, Wiesbaden 2019.

*Schmidt, Walter*: Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften und zur „Selbstbindung der Verwaltung“, Bad Homburg vor der Höhe u. a. 1969.

–: Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106 (1981), S. 497–525.

*Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 221–268.

–: Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: Lerche, Peter/Schmitt Glaeser, Walter/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, Heidelberg 1984, S. 1–34.

–: Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329–390.

–: Planung als administrative Handlungsform und Rechtsinstitut, in: Berkemann, Jörg/Gaentzsch, Günter/Halama, Günter/Heeren, Helga/Hien, Eckart/Lemmel, Hans-Peter (Hrsg.), Planung und Plankontrolle. Entwicklungen im Bau- und Fachplanungsrecht. Otto Schlichter zum 65. Geburtstag, Köln u. a. 1995, S. 3–25.

–: Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 26, S. 541–612.

–: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2004.

–: Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Heidelberg 2006, § 45, S. 993–1030.

–: Verwaltungsverfahren, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 109, S. 521–556.

–: Richtervorbehalte. Grundlagen und Grenzen einer wichtigen Bauform des informationstechnischen Sicherheitsrechts, in: Schliesky, Utz/Ernst, Christian/Schulz, Sönke E. (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg u. a. 2011, S. 433–448.

–: Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, Tübingen 2013.

–: Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes. Herausforderungen angesichts vernetzter Verwaltungen und Rechtsordnungen, Tübingen 2015.

–: Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren. Eine vergleichende Untersuchung zum amerikanischen und deutschen Verwaltungsverfahren, AöR 142 (2017), S. 325–365.

–: Kommentierung zu Art. 19 Abs. 4 GG (Stand der Bearbeitung: 92. Erg.-Lfg. August 2020), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.

- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Groß, Thomas*: Zur verwaltungsgerichtlichen Kontroll-dichte nach der Privatgrundschul-Entscheidung des BVerfG, NVwZ 1993, S. 617–625.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Kaufhold, Ann-Kathrin*: Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Auflage, München 2022, § 27, S. 3–84.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Rademacher, Timo*: Rechtsschutzgarantien des internationalen Rechts, JöR 61 (2013), S. 61–88.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schöndorf-Haubold, Bettina*: Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Auflage, München 2022, § 5, S. 247–324.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*: Kommentierung zu § 91 SGB V, in: Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Auflage, München 2022.
- : Kommentierung zu § 92 SGB V, in: Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Auflage, München 2022.
- : Kommentierung zu § 94 SGB V, in: Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Auflage, München 2022.
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd*: Der Konkretisierungsauftrag der Verwaltung beim Vollzug öffentlich-rechtlicher Normen, DVBl. 1985, S. 645–651.
- Schmidt-Jortzig, Edzard*: Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, S. 2569–2573.
- Schmidt-Kötters, Thomas*: Kommentierung zu § 5 BImSchG, in: Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, München.
- Schmidt-Salzer, Joachim*: Die normstrukturelle und dogmatische Bedeutung der Ermessensermächtigungen, VerwArch 60 (1969), S. 261–290.
- Schmieder, Sandra*: Risikoentscheidungen im Gentechnikrecht. Beurteilungsspielräume der Verwaltung gegenüber den Gerichten?, Berlin 2004.
- Schmitt, Carl*: Verfassungslehre, Erstauflage 1928, unveränderte 11. Auflage, Berlin 2017.
- Schmitt Glaeser, Walter*: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179–265.
- : Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung, in: Lerche, Peter/Schmitt Glaeser, Walter/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, Heidelberg 1984, S. 35–96.
- Schmolke, Klaus Ulrich*: Vertragstheorie und ökonomische Analyse des Vertragsrechts, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen, 2. Auflage, Tübingen 2017, § 5, S. 131–162.
- Schnapp, Friedrich E.*: Muss ein Vertragsarzt demokratisch legitimiert sein?, NZS 2001, S. 337–341.
- Schnarr, Karl Heinz*: Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatsanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung, NStZ 1991, S. 209–216.
- Schneider, Hans-Peter*: Direkte Anwendung und indirekte Wirkung von Verfassungsnormen, in: Bernhardt, Rudolf/Beyerlin, Ulrich (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum Öffentlichen Recht und Völkerrecht. XI. Internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung. Caracas 1982, Heidelberg 1982, S. 23–54.
- : Verfassungsrecht der Länder – Relikt oder Rezept?, DÖV 1987, S. 749–756.

- : Grundrechtsschutz durch parlamentarische Kontrolle, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, Heidelberg 2009, § 76, S. 829–879.
- Schneider, Hans-Peter/Berlit, Uwe*: Die bundesstaatliche Finanzverteilung zwischen Rationalität, Transparenz und Politik. Das Urteil des BVerfG zum Länderfinanzausgleich, NVwZ 2000, S. 841–848.
- Schneider, Jens-Peter*: Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft. Begriffsbildung und einführende Analyse ausgewählter Beispielfälle, Die Verwaltung 34 (2001), S. 317–345.
- : Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Auflage, München 2022, § 28, S. 85–195.
- Schneider-Danwitz, Annette/Glaeske, Gerd*: Viagra. Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen – ein „kleiner Gesetzgeber“ –?, MedR 1999, S. 164–172.
- Schneller, Christian*: Objektbezogene Legalplanung. Zur Zulässigkeit von Investitionsmaßnahmengesetzen, Berlin 1999.
- Schöbener, Burkhard*: Kommentierung zu Art. 79 GG, Stand der Kommentierung: 45. Erg.-Lfg. Mai 2015, in: Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Berlin.
- Schoch, Friedrich*: Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1988.
- : Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht. Anspruch und Wirklichkeit nach 15 Jahren VwVfG, Die Verwaltung 25 (1992), S. 21–53.
- : Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, Der Staat 43 (2004), S. 347–369.
- : Das verwaltungsbehördliche Ermessen, JURA 2004, S. 462–469.
- : Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JURA 2004, S. 612–618.
- : Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Auflage, München 2013, § 50, S. 743–1047.
- Schoeneberg, Jörg*: Bürger- und Verbandsbeteiligung bei der Landesplanung, UPR 1985, S. 39–45.
- Schoenmaker, Simon*: Die historische Entwicklung des Vergabeverfahrens in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Von den antiken Ursprüngen bis zur Gegenwart, Baden-Baden 2019.
- Scholten, Lotte/van Knippenberg, Daan/Nijstad, Bernard A./De Dreu, Carsten K. W.*: Journal of Experimental Social Psychology 43 (2007), S. 539–552.
- Scholl, Patrick*: Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht. Elemente einer allgemeinen Sachverständigenlehre, Baden-Baden 2005.
- Scholz, Karsten*: Kommentierung zu § 12 SGB V, in: Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 8. Auflage, München 2022.
- : Kommentierung zu § 294 SGB V, in: Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Stand: 69. Ed. 01.06.2023, München.
- Scholz, Rupert*: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 145–220.



- : Kommentierung zu Art. 29 GG (Stand der Kommentierung: 77. Erg.-Lfg. Mai 2016), in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, hrsgg. v. Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München.
- Schönau, Robert*: Kommentierung zu § 15a TKG, in: Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München 2013.
- Schönberger, Christoph*: Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 48 (2009), S. 535–558.
- : Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht. Zu Dietrich Murswiek *JZ* 2010, 70, *JZ* 2010, S. 1160–1164.
- Schooler, Jonathan W./Engstler-Schooler, Tonya Y.*: Verbal Overshadowing of Visual Memories: Some Things Are Better Left Unsaid, *Cognitive Psychology* 22 (1990), S. 36–71.
- Schotter, Andrew*: Decision Making with Naive Advice, *American Economic Review* 93 (2003), S. 196–201.
- Schrah, Gunnar E./Dalal, Reeshad S./Sniezek, Janet A.*: No Decision-Maker is an Island: Integrating Expert Advice with Information Acquisition, *Journal of Behavioral Decision Making* 19 (2006), S. 43–60.
- Schröder, Heinrich Josef*: Gesetzgebung und Verbände. Ein Beitrag zur Institutionalisierung der Verbandsbeteiligung an der Gesetzgebung, Berlin 1976.
- Schröder, Holger*: Die Informationspflicht nach § 13 VgV im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, *NVwZ* 2002, S. 1440–1443.
- Schröder, Meinhard*: Genehmigungsverwaltungsrecht, Tübingen 2016.
- Schröder, Rainer*: Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007.
- Schröder, Ulrich Jan*: Der vorläufige Verwaltungsakt, *JURA* 2010, S. 255–264.
- Schroeder, Werner/Sild, Judith*: Kontrolldichte im EU-Beihilferecht, *EuZW* 2014, S. 12–17.
- Schuler-Harms, Margarete*: Kommentierung zu § 39 VwVfG (Stand der Bearbeitung: 2. Erg.-Lfg. April 2022), in: Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht. VwVfG. Kommentar, München.
- Schulte, Johannes*: Die hoheitliche Einbindung sachverständiger Stellen in naturwissenschaftlich-technisch komplexen Zulassungsverfahren, Berlin 2020.
- : Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag. Dargestellt am Beispiel des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Berlin 1986.
- Schulz, Christina*: Demokratisierung der Verwaltung durch Partizipation. Instrumente deliberativen und partizipativen Entscheidens im Rechtsvergleich zwischen Hamburg und Schottland, Tübingen 2022.
- Schulze-Fielitz, Helmut*: Gesetzgebung als materiales Verfassungsverfahren. Die Befugnisse des Vermittlungsausschusses und die Aufspaltung von Gesetzen, *NVwZ* 1983, S. 709–717.
- : Das Parlament als Organ der Kontrolle im Gesetzgebungsprozeß, in: Dreier, Horst/Hofmann, Jochen (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung. 25. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“ vom 5. – 8. März 1985 in Würzburg, Berlin 1986, S. 71–124.
- : Grenzen rationaler Gesetzesgestaltung, insbesondere im Leistungsrecht, *DÖV* 1988, S. 758–768.

- : Der politische Kompromiß als Chance und Gefahr für die Rationalität der Gesetzgebung, in: Grimm, Dieter/Maihofer, Werner (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd.13, Opladen 1988, S. 290–326.
- : Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983), Berlin 1988.
- : Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, JZ 1993, S. 772–781.
- : Zeitoffene Gesetzgebung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 139–198.
- : Nach dem 11. September: An den Leistungsgrenzen eines verfassungsstaatlichen Polizeirechts?, in: Horn, Hans-Detlef in Verbindung mit Häberle, Peter/Schambeck, Herbert/Stern, Klaus (Hrsg.), Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 407–434.
- : Einheitsbildung durch Gesetz oder Pluralisierung durch Vollzug, in: Trute, Hans-Heinrich/Groß, Thomas/Röhl, Hans Christian/Möllers, Christoph (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 135–160.
- : Kommentierung zu Art. 19 Abs. 4 GG, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Auflage, Tübingen 2013.
- : Kommentierung zu Art. 20 GG: Rechtsstaat, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Auflage, Tübingen 2015.
- Schünemann, Bernd*: Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterchlußeffekt, StV 2000, S. 159–165.
- Schuppert, Gunnar Folke*: Bürgerinitiativen als Bürgerbeteiligung an staatlichen Entscheidungen. Verfassungstheoretische Aspekte politischer Beteiligung, AöR 102 (1977), S. 369–409.
- : Self-restraints der Rechtsprechung. Überlegungen zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1988, S. 1191–1200.
- : Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 65–114.
- : Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht. Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen sowie in „schwierigen Zeiten“, AöR 120 (1995), S. 32–99.
- : Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, Baden-Baden 1998, S. 105–156.
- : Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000.
- : Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003.
- : Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, Zeitschrift für Gesetzgebung, Sonderheft, Heidelberg 2003.

- : Die Verwaltungsrechtswissenschaft im Kontext der Wissenschaftsdisziplinen, in: von Bogdandy, Armin/Cassese, Sabino/Huber, Peter Michael (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV, Heidelberg 2011, § 70, S. 461–491.
- : Governance durch Wissen. Überlegungen zum Verhältnis von Macht und Wissen aus governancetheoretischer Perspektive, in: Schuppert, Gunnar Folke/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, Baden-Baden 2008, S. 259–303.
- Schuppert, Gunnar Folke/Dahrendorf, Frank*: Verfassungsrechtliche und finanzwissenschaftliche Aspekte des Länderfinanzausgleichs, Baden-Baden 1985.
- Schurig, Antonia*: Bessere Rechtsetzung im europäischen Vergleich. Genese und Handlungswirklichkeit der Normenkontrollräte in Deutschland, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich, Baden-Baden 2020.
- Schütte, Matthias*: Befugnis des Bundesgrenzschutzes zu lageabhängigen Personenkontrollen, ZRP 2002, S. 393–399.
- Schütze, Hans Georg*: Der Erlaß von Rechtsvorschriften durch die Bundeswirtschaftsverwaltung in den USA. Eine rechtspolitische Untersuchung der rechtsstaatlichen Sicherungen und politischen Kontrollen der Rechtsetzung im „administrative process“, Berlin 1974.
- Schwab, Martin*: Rechtsfragen der Politikberatung im Spannungsfeld zwischen Wissenschaftsfreiheit und Unternehmensschutz, Tübingen 1999.
- Schwab, Siegfried*: Die Begründung bei Ermessens- und Beurteilungsentscheidungen, DÖD 1994, S. 80–84.
- Schwabe, Jürgen*: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971.
- Schwabenbauer, Thomas*: Heimliche Grundrechtseingriffe. Ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen sicherheitsbehördlicher Ausforschung, Tübingen 2013.
- : Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht, Teil I: Verfassungs-, unions- und konventionsrechtliche Vorgaben für die Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht, II. Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, hrsgg. v. Matthias Bäcker/Erhard Denninger/Kurt Graulich, 7. Auflage, München 2021, Abschnitt G, S. 842–951.
- Schwamborn, Martin*: Maßstäbe der europäischen Integration, Tübingen 2022.
- Schwan, Torsten*: Neue bundesverfassungsgerichtliche Direktiven für die Besoldungsdogmatik und ihre Folgen für das künftige Alimentationsniveau. Zugleich Bemerkungen zu BVerfG, Beschl. v. 4.5.2020, 2 BvL 4/18, DÖV 2021, S. 368–380.
- Schwanengel, Wito*: Einwirkungen der Landesparlamente auf die Normsetzung der Exekutive. Verordnungsgebung unter Parlamentseinfluß, Berlin 2002.
- Schwarz, Kyrill-A./Bravidor, Christoph*: Kunst der Gesetzgebung und Begründungspflichten des Gesetzgebers, JZ 2011, S. 653–659.
- Schwarze, Jürgen*: Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, Berlin 1974.
- : Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2000, S. 241–252.
- Schweiger, Theresa F.*: Prozedurales Strafrecht. Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht, Baden-Baden u. a. 2018.
- Schweizer, Mark Daniel*: Kognitive Täuschungen vor Gericht. Eine empirische Studie, Zürich 2005.

- Schwerdtfeger, Angela*: Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 2015, S. 290–310.
- : Krisengesetzgebung. Funktionsgerechte Organstruktur und Funktionsfähigkeit als Maßstäbe der Gewaltenteilung, Tübingen 2018.
- Schwerdtfeger, Gunther*: Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Stödter, Rolf/Thierne, Werner (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 173–188.
- : Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V (Teil 1), NZS 1998, S. 49–53.
- : Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V (Teil 2), NZS 1998, S. 97–103.
- Schwetzel, Wolfram*: Freiheit, Sicherheit, Terror. Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit nach dem 11. September 2001 auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene, München 2007.
- Scriba, Florian*: „Legale Revolution“? Zu den Grenzen verfassungsändernder Rechtssetzung und der Haltbarkeit eines umstrittenen Begriffs, 2. Auflage, Berlin 2009.
- Searle, John R.*: Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language, Cambridge 1969.
- Seckelmann, Margrit*: Neue Aufgaben für den Nationalen Normenkontrollrat – Perspektiven für die Folgenabschätzung von Gesetzen?, ZRP 2010, S. 213–217.
- : Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensgewinnung durch (Wissenschafts-)Evaluationen, Tübingen 2018.
- Seeringer, Stefanie*: Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V. Rechtliche Form, normative Befugnisse und Steuerung der Qualität der medizinischen Versorgung, Baden-Baden 2006.
- Seibert, Max-Jürgen*: Kommentierung zu §13 BImSchG (Stand der Bearbeitung: 68. Erg.-Lfg. Februar 2013), in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht. Kommentar, hrsgg. v. Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghausen, München.
- : Klimaschutz und Generationengerechtigkeit – Der Jahrhundert-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 2021, S. 1141–1146.
- Seibert-Fohr, Anja*: Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren: Chancen und Grenzen am Beispiel des Planvereinheitlichungsgesetzes, VerwArch 104 (2013), S. 311–326.
- Seidenfeld, Mark*: Cognitive Loafing, Social Conformity, and Judicial Review of Agency Rulemaking, Cornell Law Review 87 (2002), S. 486–548.
- Seiler, Christian*: Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, Berlin 2000.
- Sennekamp, Irmela*: Der Diskurs um die Abgrenzung von Kartell- und Regulierungsrecht. Ein juristischer Streit zwischen gesetzgeberischem Steuerungsanspruch und rechtsdogmatischem Ordnungsdenken, Tübingen 2016.
- Sharot, Tali/Velasquez, Cristina M./Dolan, Raymond J.*: Do Decisions Shape Preference? Evidence From Blind Choice, Psychological Science 21 (2010), S. 1231–1235.
- Sheplyakova, Tatjana*: Prozeduralisierung des Rechts. Tema con Variazioni, in: Sheplyakova, Tatjana (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, S. 1–54.
- Shirvani, Foroud*: Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht, Berlin 2005.

- Siebke, Mechtild-Maria*: Legitimation, Legitimität und europäische Menschenwürde. Ein Beitrag zur Diskussion über das europäische Recht auf Demokratie, Baden-Baden 2018.
- Sieck, Winston/Yates, J.Frank*: Exposition Effects on Decision Making: Choice and Confidence in Choice, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 70 (1997), S. 207–219.
- Siefken, Sven T.*: Expertenkommissionen im politischen Prozess. Eine Bilanz zur rot-grünen Bundesregierung 1998 – 2005, Wiesbaden 2007.
- : *Parlamentarische Kontrolle im Wandel. Theorie und Praxis des Deutschen Bundestages*, Baden-Baden 2018.
- Siegel, Thorsten*: Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange. Eine Analyse der rechtlichen Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung der Beschleunigungsgesetzgebung, Berlin 2001.
- : *Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund. Horizontale Entscheidungsvernetzung und vertikale Entscheidungsstufung im nationalen und europäischen Verwaltungsverbund*, Tübingen 2009.
- Simitis, Spiros*: Die Bedeutung von System und Dogmatik – dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, *AcP* 172 (1972), S. 131–154.
- Simshäuser, Wilhelm*: Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen, Bielefeld 1965.
- Singer, Jörg*: *Rechtsklarheit und Dritte Gewalt. Zur Vorhersehbarkeit arbeitsteiliger Rechtserzeugung am Beispiel des Rechtsmittelrechts*, Baden-Baden 2010.
- Smeddinck, Ulrich*: *Integrierte Gesetzesproduktion. Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinärer Perspektive*, Berlin 2006.
- Smend, Rudolf*: *Verfassung und Verfassungsrecht*, München/Leipzig 1928.
- : Gutachtliche Äußerung zur Frage der Erforderlichkeit einer Änderung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland als Voraussetzung des deutschen Wehrbeitrages zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. II, 1. Halbbd., München 1952, S. 148–155.
- Snizek, Janet A./Schrab, Gunnar E./Dalal, Reeshad S.*: Improving Judgement with Prepaid Expert Advice, *Journal of Behavioral Decision Making* 17 (2004), S. 173–190.
- Sobota, Katharina*: *Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen 1997.
- Sodan, Helge*: Die institutionelle und funktionelle Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, *NZS* 2000, S. 581–588.
- Sodan, Helge/Hadank, Bernhard*: Unzureichende Betroffenenpartizipation als Legitimationsdefizit des Gemeinsamen Bundesausschusses, *NZS* 2018, S. 804–809.
- Söllner, Alfred*: Der Richter als Ersatzgesetzgeber, *ZG* 10 (1995), S. 1–16.
- Sommermann, Karl-Peter*: *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen 1997.
- : Kommentierung zu Art. 20 GG, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Auflage, München 2018.
- Sonnenwald, Verena*: Die grenzüberschreitende Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung, Frankfurt am Main u. a. 2005.
- Sorensen, Roy*: Vagueness, in: Zalta, Edward N./Nodelman, Uri (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stand: 16.06.2022, online einsehbar unter <https://plato.stanford.edu/entries/vagueness/>, zuletzt abgerufen am 22.08.2023.

- Spamann, Holger/Klöhn, Lars*: Justice is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges, *Journal of Legal Studies* 45 (2016), S. 255–280.
- Spamann, Holger/Klöhn, Lars/Jamin, Christophe/Khanna, Vikramaditya/Liu, John Zhuang/Mamidi, Pavan/Morell, Alexander/Reidel, Ivan*: Judges in the Lab: No Precedent Effects, No Common/Civil Law Differences, *Journal of Legal Analysis* 13 (2021), S. 110–126.
- Sparwasser, Reinhard/Engel, Rüdiger/Voßkuhle, Andreas*: *Umweltrecht. Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 5. Auflage, Heidelberg 2003.
- Stark, Alexander*: *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*, Tübingen 2020.
- Statman, Daniel/Sulitzeanu-Kenan, Raanan/Mandel, Micha/Skerker, Michael/De Wijze, Steven*: Unreliable Protection: An Experimental Study of Experts' In Bello Proportionality Decisions, *EJIL* 31 (2020), S. 429–453.
- Staupe, Jürgen*: *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis. Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schuldrecht*, Berlin 1986.
- Steege, Reinhard*: Die Konkretisierung des Krankenbehandlungsanspruchs im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung, in: von Wulffen, Matthias/Krasney, Otto Ernst (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht*, Köln u. a. 2004, S. 517–532.
- Steinbach, Armin*: Gesetzgebung und Empirie, *Der Staat* 54 (2015), S. 267–289.
- : *Rationale Gesetzgebung*, Tübingen 2017.
- : Effektivierung der Rechtsbefolgung als interdisziplinärer Gegenstand, in: Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht? Rechtsverbindlichkeit und Rechtsbefolgung in interdisziplinärer Perspektive*, Tübingen 2019, S. 271–296.
- Steinbeck, Anja/Lachenmaier, Andreas*: Verhaltensökonomik im Gerichtssaal, *NJW* 2014, S. 2086–2091.
- Steinberg, Rudolf*: Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, *DÖV* 1982, S. 619–631.
- : Untergesetzliche Regelwerke und Gremien, in: Steinberg, Rudolf (Hrsg.), *Reform des Atomrechts. Fachtagung: Donnerstag und Freitag, 6. und 7. Mai 1993*, Baden-Baden 1994, S. 82–100.
- : *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt am Main 1998.
- : Die Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren – eine Bilanz, *ZUR* 2011, S. 340–351.
- Steiner, Harald*: *Funktionen und Strukturen des Bundespersonalvertretungsgesetzes. Eine rechtssoziologische und -theoretische Normenanalyse*, Baden-Baden 2018.
- Stelkens, Ulrich*: Primärrechtsschutz trotz Zuschlagserteilung? – oder: Warum nach wirksamer Zuschlagserteilung trotz § 114 II 1 GWB ein Nachprüfungsverfahren möglich sein kann, *NZBau* 2003, S. 654–661.
- : Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, *DVBl.* 2010, S. 1078–1086.
- Stephan, Ulrich*: Zur Verfassungsmäßigkeit anlaßunabhängiger Personenkontrollen, *DVBl.* 1998, S. 81–85.
- Stern, Klaus*: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Auflage, München 1984; Bd. II, München 1980; Bd. V, München 2000.
- Stettner, Rupert*: Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, *DVBl.* 1982, S. 1123–1128.

- Stewart, Richard B.*: The Reformation of American Administrative Law, *Harvard Law Review* 88 (1975), S. 1667–1813.
- Stoll, Peter-Tobias*: Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft. Verfassungsordnung, Umwelt- und Technikrecht im Umgang mit Unsicherheiten und Risiko, Tübingen 2003.
- Stracke, Marius*: Öffentlichkeitsbeteiligung im Übertragungsnetzausbau. Akzeptanzförderung als gesetzgeberisches Leitbild. Umsetzung und Defizite unter Berücksichtigung der TEN-E-Verordnung Nr. 347/2013, Baden-Baden 2017.
- Straßburger, Benjamin*: Herrschaft als Auftrag. Der Verfassungsbegriff des demokratischen Konstitutionalismus und seine Bedeutung für die supranationale Integration Deutschlands, Tübingen 2022.
- Streinz, Rudolf*: Vollzug des europäischen Rechts durch deutsche Staatsorgane, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. X, 3. Auflage, Heidelberg 2012, § 218, S. 507–552.
- Streit, Thilo*: Entscheidung in eigener Sache, Berlin 2006.
- Struck, Gerhard*: Rechtssoziologie. Grundlagen und Strukturen, Baden-Baden 2011.
- Suermann, Ansgar*: Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung im Vergaberecht, Hamburg 2005.
- Sulitzeanu-Kenan, Raanan/Kremnitzer, Mordechai/Alon, Sharon*: Facts, Preferences, and Doctrine: An Empirical Analysis of Proportionality Judgment, *Law & Society Review* 50 (2016), S. 348–382.
- Süsterhenn, Adolf*: Gutachtliche Äußerung zur Frage, ob ein deutscher Wehrbeitrag im Rahmen eines kollektiven Sicherheitssystems eine Änderung des Grundgesetzes erfordert, in: Institut für Staatslehre und Politik e.V. (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. II, 1. Halbbd., München 1952, S. 260–271.
- Sydow, Gernot*: Verwaltungskooperation in der Europäischen Union. Zur horizontalen und vertikalen Zusammenarbeit der europäischen Verwaltungen am Beispiel des Produktzulassungsrechts, Tübingen 2004.
- Takemura, Kazuhisa*: The effect of decision frame and decision justification on risky choice, *Japanese Psychological Research* 35 (1993), S. 36–40.
- Tanneberger, Steffen*: Die Sicherheitsverfassung. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zugleich ein Beitrag zu einer induktiven Methodenlehre, Tübingen 2014.
- Tappe, Henning*: Festlegende Gleichheit – folgerichtige Gesetzgebung als Verfassungsgebot?, *JZ* 2016, S. 27–33.
- Teifke, Nils*: Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen, Tübingen 2011.
- Tetlock, Philip E.*: Accountability and Complexity of Thought, *Journal of Personality and Social Psychology* 45 (1983), S. 74–83.
- : Accountability and the Perseverance of First Impressions, *Social Psychology Quarterly* 46 (1983), S. 285–292.
- Tetlock, Philip E./Boettger, Richard*: Accountability: A Social Magnifier of the Dilution Effect, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 388–398.
- Tetlock, Philip E./Kim, Jae Il*: Accountability and Judgment Processes in a Personality Prediction Task, *Journal of Personality and Social Psychology* 52 (1987), S. 700–709.
- Tetlock, Philip E./Lerner, Jennifer S./Boettger, Richard*: The dilution effect: judgmental bias, conversational convention, or a bit of both?, *European Journal of Social Psychology* 26 (1996), S. 915–934.

- Tetlock, Philip E./Skitka, Linda/Boettger, Richard*: Social and Cognitive Strategies for Coping With Accountability: Conformity, Complexity, and Bolstering, *Journal of Personality and Social Psychology* 57 (1989), S. 632–640.
- Teubner, Gunther*: Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, *ARSP* 68 (1982), S. 13–59.
- Teubner, Gunter/Willke, Helmut*: Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, *ZfRSoz* 6 (1984), S. 4–35.
- Theurer, Jochen*: Die Ablösung des Grundgesetzes durch Art. 146 GG, Hamburg 2011.
- Thiel, Markus*: Kommentierung zu § 48 BImSchG (Stand der Bearbeitung: 83. Erg.-Lfg. Mai 2017), in: Landmann/Rohmer, *Umweltrecht. Kommentar*, hrsgg. v. Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghausen, München.
- : Kommentierung zu § 51 BImSchG (Stand der Bearbeitung: 96. Erg.-Lfg. September 2021), in: Landmann/Rohmer, *Umweltrecht. Kommentar*, hrsgg. v. Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghausen, München.
- Thiemann, Christian*: Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe des Verwaltungsrechts im Gefüge der Teilgewalten, in: Posser, Herbert/Pünder, Hermann/Schröder, Ulrich Jan (Hrsg.), *Rechtsgestaltung im öffentlichen Recht. Liber Amicorum für Dirk Ehlers zum 70. Geburtstag*, München 2015, S. 257–278.
- Thoma, Richard*: Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundsätze (1932), in: Thoma, Richard, *Rechtsstaat-Demokratie-Grundrechte. Ausgewählte Abhandlungen aus fünf Jahrzehnten*, hrsgg. v. Horst Dreier, Tübingen 2008, S. 301–368.
- Thorsteinson, Todd J./Withrow, Scott*: Does unconscious thought outperform conscious thought on complex decisions? A further examination, *Judgment and Decision Making* 4 (2009), S. 235–247.
- Tophoven, Christof*: Kommentierung zu § 51 BImSchG, in: Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael (Hrsg.), *BeckOK Umweltrecht*, Stand: 63. Ed. 01.07.2022, München.
- Towfigh, Emanuel Vahid*: Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, *Der Staat* 48 (2009), S. 29–73.
- Treiber, Hubert*: Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft – eine „Revolution auf dem Papier“? Anmerkungen zu einem intendierten Paradigmawechsel und zur „Kühnheit“ von Schlüsselbegriffen (Teil 1), *KJ* 40 (2007), S. 328–346.
- Trute, Hans-Heinrich*: Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, Heidelberg 1989.
- : Der Luftreinhalteplan als regionales Vorsorgekonzept, *NuR* 1989, S. 370–379.
- : Die Erosion des klassischen Polizeirechts durch die polizeiliche Informationsvorsorge, in: Erbguth, Wilfried/Müller, Friedrich/Neumann, Volker (Hrsg.), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand’Heur*, Berlin 1999, S. 403–428.
- : Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Eberle, Carl-Eugen/Ibler, Martin/Lorenz, Dieter (Hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, München 2002, S. 169–189.
- : Das Telekommunikationsrecht – Eine Herausforderung für die Verwaltungsgerichte, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Sellner, Dieter/Hirsch, Günter/Kemper, Gerd-Heinrich/Lehmann-Grube, Hinrich (Hrsg.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln u. a. 2003, S. 857–887.
- : Gefahr und Prävention in der Rechtsprechung zum Polizei- und Ordnungsrecht, *Die Verwaltung* 36 (2003), S. 501–522.



- : Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: Osterloh, Lerke/Schmidt, Karsten/Weber, Hermann (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 565–586.
- : Wissen – Einleitende Bemerkungen, Die Verwaltung, Beiheft 9 (2010), S. 11–38.
- : Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Auflage, München 2022, § 9, S. 551–653.
- Tsai, Tzung-Jen*: Die verfassungsrechtliche Umweltschutzpflicht des Staates. Zugleich ein Beitrag zur Umweltschutzklausel des Art. 20a GG, Berlin 1996.
- Tünnesen-Harmes, Christian*: Risikobewertung im Gentechnikrecht, Berlin 2000.
- Uhl, Gernot*: Die Stabilisierungsfunktion der Verfassung im politischen Prozess. Ein systemanalytischer Beitrag zur funktionalen Verfassungstheorie, Baden-Baden 2011.
- Uhle, Arnd*: Rechtsstaatliche Prozeßgrundrechte und -grundsätze, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, Heidelberg 2013, § 129, S. 1087–1160.
- Ule, Carl Hermann*: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnewein, Otto/Walz, Ernst (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 12. Juli 1885 – 9. Juni 1955, München 1955, S. 309–330.
- Ule, Carl Hermann*: Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht, DVBl. 1973, S. 756–763.
- Umbach, Dieter C.*: Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: Zeidler, Wolfgang/Maunz, Theodor/Roellecke, Gerd (Hrsg.), Festschrift Hans Joachim Faller, München 1984, S. 111–131.
- Unger, Sebastian*: Das Verfassungsprinzip der Demokratie. Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips, Tübingen 2008.
- Usher, Marius/Russo, Zohar/Weyers, Mark/Brauner, Ran/Zakay, Dan*: The impact of the mode of thought in complex decisions: intuitive decisions are better, *Frontiers in Psychology* 2 (2011), Article 37, S. 1–13.
- Vasel, Johann Justus*: The Most Dangerous Branch? Der Mythos richterlicher Unabhängigkeit aus verhaltensökonomischer Perspektive, in: Mülder, Marje/Drechsler, Stefan/Helmrich, Christian/Streule, Veronika/Weitensteiner, Julia (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht. 58. Assistententagung Öffentliches Recht. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten, Baden-Baden 2018, S. 121–153.
- Verdross, Alfred*: Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, *ÖZöR* 1 (1916), S. 616–644.
- Vesting, Thomas*: Prozedurales Rundfunkrecht. Grundlagen – Elemente – Perspektiven, Baden-Baden/Hamburg 1997.
- : Instituierte und konstituierte Normativität. Prozeduralisierung und multi-normative Systeme, in: Sheplyakova, Tatjana (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, S. 101–122.
- Vinckier, Fabien/Rigoux, Lionel/Kurniawan, Irma T./Hu, Chen/Bourgeois-Gironde, Sacha/Daunizeau, Jean/Pessiglione, Mathias*: Sour grapes and sweet victories: How actions shape preferences, *PLOS Computational Biology* 15 (2019), Article e1006499, S. 1–24.

- Vismann, Cornelia*: Kommentierung zu Art. 79 GG (Stand der Bearbeitung: 2. Aufbau-Lieferung August 2002), in: Denninger, Erhard/Hofmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans P./Stein, Ekkehart (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare, Bd. 2, 3. Auflage, Neuwied.
- Graf Vitzthum, Wolfgang*: Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), S. 7–56.
- Graf Vitzthum, Wolfgang*: Form, Sprache und Stil der Verfassung, in: Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 10, S. 373–389.
- Graf Vitzthum, Wolfgang/Geddert-Steinacher, Tatjana*: Standortgefährdung. Zur Gentechnik-Regelung in Deutschland, Berlin 1992.
- Voigt, Katharina/Murawski, Carsten/Speer, Sebastian/Bode, Stefan*: Hard Decisions Shape the Neural Coding of Preferences, *The Journal of Neuroscience* 39 (2019), S. 718–726.
- Volkman, Uwe*: Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), S. 57–93.
- : Polizeirecht als Sozialtechnologie, *NVwZ* 2009, S. 216–222.
- : Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013.
- Vöneky, Silja*: Recht, Moral und Ethik. Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien, Tübingen 2010.
- Voßkuhle, Andreas*: Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, München 1993.
- : Verfassungsstil und Verfassungsfunktion. Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, *AöR* 119 (1994), S. 35–60.
- : Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – Zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, Tübingen 1999.
- : Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, *AöR* 125 (2000), S. 177–201.
- : Strukturen und Bauformen ausgewählter neuer Verfahren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden 2002, S. 277–347.
- : Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Auflage, Heidelberg 2005, § 43, S. 425–475.
- : Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 3. Auflage, München 2022, § 1, S. 3–74.
- : Präventive Richtervorbehalte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. V, Heidelberg 2013, § 131, S. 1193–1269.
- Waechter, Kay*: Die „Schleierfahndung“ als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung durch Abschreckung und Verunsicherung, *DÖV* 1999, S. 138–147.
- Wagner, Julian*: Droht der neuen TA Luft 2017 das Aus durch den EuGH?, *DVBl.* 2017, S. 1203–1209.

- Wagner, Michael A.: Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in parallelen und konzentrierten Verfahren, Berlin 1987.
- Wahl, Rainer: Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 151–192.
- : Verfahren, Verfahrensrecht, in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Bd. V, 7. Auflage, Freiburg 1989, Sp. 628–633.
- : Erweiterung des Handlungsspielraums: Die Bedeutung von Kompensationen und Entscheidungsverknüpfungen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen. Informelle und mittlerunterstützte Verhandlungen in Verwaltungsverfahren, Baden-Baden 1990, S. 283–288.
- : Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409–418.
- : Fehlende Kodifizierung der förmlichen Genehmigungsverfahren im Verwaltungsverfahrensgesetz, NVwZ 2002, S. 1192–1195.
- Wahl, Rainer/Appel, Ivo: Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl, Rainer (Hrsg.), Prävention und Vorsorge. Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten, Bonn 1995, S. 1–216.
- Waldhoff, Christian: Reformperspektiven der bundesstaatlichen Finanzverfassung im gestuften Verfahren, ZG 15 (2000), S. 193–221.
- : „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“. Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: Depenheuer, Otto/Heintzen, Markus/Jestaedt, Matthias/Axer, Peter (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 325–343.
- : Pflichten zur Begründung untergesetzlicher Normen im Lichte der verwaltungs- und sozialgerichtlichen Rechtsprechung, GesR 2013, S. 197–206.
- : Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt. Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie, Baden-Baden 2016.
- : Das Steuerungspotenzial der Gesetzgebung, in: Kahl, Wolfgang/Mager, Ute (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, Baden-Baden 2019, S. 261–283.
- : Kann sich das Bundesverfassungsgericht durchsetzen? Verfassungsrechtsprechung zwischen Autorität und Zwang, in: Michl, Fabian/Holterhus, Till Patrik (Hrsg.), Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität, Tübingen 2022, S. 53–72.
- Waldron, Jeremy: Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues, California Law Review 82 (1994), S. 509–540.
- Wallrabenstein, Astrid: Sozialstaat, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, § 7, S. 437–502.
- Walter, Robert: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 147–178.
- Waroquier, Laurent/Marchiori, David/Klein, Olivier/Cleeremans, Axel: Is It Better to Think Unconsciously or to Trust Your First Impression? A Reassessment of Unconscious Thought Theory, Social Psychological and Personality Science 1 (2010), S. 111–118.
- Wason, P. C.: On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task, Quarterly Journal of Experimental Psychology 12 (1960), S. 129–140.

- : Reasoning about a rule, *Quarterly Journal of Experimental Psychology* 20 (1968), S. 273–281.
- Waßner, Ursula: Beobachtungspflichten des G-BA in der Rechtsprechung des BSG, *KrV* 2019, S. 89–94.
- Waßner, Martin Paul, Kommentierung zu § 201 TKG, in: Säcker, Franz Jürgen/Körper, Torsten (Hrsg.), *Kommentar TKG – TTDSG*, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2023.
- Weber, Friedrich: Zur Methodik des Prozeßrechts, *Studium Generale* 13 (1960), S. 183–193.
- Wegener, Bernhard W.: Verkehrsinfrastrukturgenehmigungen durch Gesetz und ohne fachgerichtlichen Rechtsschutz? Verfassungs-, völker- und europarechtliche Anforderungen an die Maßnahmegesetzgebung im Verkehrsbereich, *ZUR* 2020, S. 195–204.
- Weiß, Wolfgang: Über Maßstäbengesetze als neue Kategorie der Gesetzgebung, *ZG* 16 (2001), S. 210–230.
- Wendehorst, Christiane: Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen 1999.
- Wendel, Mattias: Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem. Zur Verbundstruktur administrativer Entscheidungsspielräume am Beispiel des Migrations- und Regulierungsrechts, Tübingen 2019.
- Wenk, Norbert: Naturalrestitution und Kompensation bei Umweltschäden. Unter besonderer Berücksichtigung der Monetarisierung ökologischer Schäden, Göttingen 1994.
- Weilert, A. Katharina: Ressortforschung. Forschung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Bereichs staatlicher und unionsrechtlicher Gesundheitsverantwortung, Tübingen 2022.
- Werner, Frank: Die Erstattungsfähigkeit neuartiger Arzneitherapien in der gesetzlichen Krankenversicherung – eine Bestandsaufnahme, *PharmR* 2001, S. 284–290.
- von Weschpfennig, Armin: Renaissance der Legalplanung? Verfassungs- und europarechtliche Fragen anlässlich des Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetzes vom 22. März 2020, *AöR* 145 (2020), S. 438–478.
- Wieckhorst, Arno: Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren. Grundrechtlich induzierte Prozeduralisierung der Gesetzgebung und ihrer Kontrolle im Verfassungs- und Unionsrecht, Tübingen 2017.
- : Verfassungsrechtliche Gesetzgebungslehre. Das Bundesverfassungsgericht bleibt gespalten?, *DÖV* 2018, S. 845–854.
- : Die Begründungspflicht des Besoldungsgesetzgebers als zahnlöser Tiger, *DÖV* 2021, S. 361–368.
- Wieland, Joachim: Das Konzept eines Maßstäbengesetzes zum Finanzausgleich, *DVBl.* 2000, S. 1310–1315.
- Wiethölter, Rudolf: Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts), in: Gessner, Volkmar/Winter, Gerd (Hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen 1982, S. 38–59.
- : Materialization and Proceduralization in Modern Law, in: Teubner, Gunther (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin 1986, S. 221–249.
- Wildhagen, Lars: Persönlichkeitsschutz durch präventive Kontrolle. Richtervorbehalte und nichtrichterliche Kontrollorgane als Ausprägungen des Prinzips der Informationsoptimierung bei Grundrechtseingriffen, Berlin 2011.

- Wilfinger, Peter*: Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention. Konkretisierungsansätze zur Beschleunigung gerichtlicher Verfahren, Frankfurt am Main u. a. 1995.
- Wilke, Dieter*: Diskussionsbeitrag, VVDStRL 40 (1981), S. 302–303.
- Will, Martin*: Effektive Zwangsmittel zur Durchsetzung verwaltungsgerichtlicher Leistungsurteile gegenüber Behörden, NJW 2020, S. 963–965.
- Williamson, Timothy*: On the Structure of Higher-Order Vagueness, *Mind* 108 (1999), S. 127–143.
- Windeler, Jürgen*: Möglichkeiten und Grenzen der Beobachtung des aktuellen Standes der wissenschaftlichen Erkenntnisse aus Sicht der EbM, KrV 2019, S. 95–98.
- Windoffer, Alexander*: Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, Tübingen 2011.
- : Entscheidungsmonitoring in Gesetzgebung und Verwaltung, *VerwArch* 102 (2011), S. 343–358.
- Windthorst, Kay*: Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz. Zugleich eine Untersuchung des Erkenntnis- und Steuerungspotenzials der Rechtsdogmatik, Tübingen 2009.
- Winter, Gerd*: Grundprobleme des Gentechnikrechts, Düsseldorf 1993.
- Winterhoff, Christian*: Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung. Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung, Tübingen 2007.
- Wischmeyer, Thomas*: Gewaltenteilung und institutionelles Gleichgewicht, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2022, § 78, S. 833–874.
- Wistrich, Andrew J./Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J.*: Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005), S. 1251–1345.
- Wistrich, Andrew J./Rachlinski, Jeffrey J./Guthrie, Chris*: Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?, *Texas Law Review* 93 (2015), S. 855–923.
- Wißmann, Hinnerk*: Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen, Tübingen 2008.
- Wittig, Oliver*: Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, Düsseldorf 1999.
- Wittreck, Fabian*: Demokratische Legitimation von Großvorhaben, *ZG* 26 (2011), S. 209–226.
- Wolf, Rainer*: Der ökologische Rechtsstaat als prozedurales Programm, in: Roßnagel, Alexander/Neuser, Uwe (Hrsg.), *Reformperspektiven im Umweltrecht. Dokumentation der „Haydauer Hochschul-Gespräche 1995“*, Baden-Baden 1996, S. 57–95.
- Wolff, Daniel/Zimmermann, Patrick*: Der Parlamentsvorbehalt in der COVID-19-Pandemie – Teil 1, *JURA* 2022, S. 18–31.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: Verfahrensrecht und materielles Recht, *VR* 1996, S. 367–370.
- Wolfram, Dieter*: Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts. Am Beispiel des amerikanischen Medien- und Telekommunikationsrechts, Baden-Baden 2005.
- Wollenschläger, Burkard*: Wissensgenerierung im Verfahren, Tübingen 2009.
- Wollenschläger, Ferdinand*: Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung, Tübingen 2010.
- Wu, Mei*: Öffentlichkeitsbeteiligung an umweltrechtlichen Fachplanungen, Baden-Baden 2013.

- Wulfhorst, Reinhard*: Konsequenzen aus „Stuttgart 21“: Vorschläge zur Verbesserung der Bürgerbeteiligung, DÖV 2011, S. 581–590.
- Württemberg, Thomas*: Die Legitimität staatlicher Herrschaft. Eine staatsrechtlich-politische Begriffsgeschichte, Berlin 1973.
- : Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, Berlin 1979.
- : Legitimität, Legalität, in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 3, 1982, S. 677–740.
- Württemberg, Thomas/Heckmann, Dirk/Tanneberger, Steffen*: Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Auflage, Heidelberg 2017.
- Württemberg, Thomas*: Entscheidungen über den Marktzugang nach Regulierungsermessen?, GewArch 2016, S. 6–14.
- Zacharias, Diana*: Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: Thiel, Markus (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, Tübingen 2003, S. 57–97.
- Zamir, Eyal/Teichman, Doron*: Behavioral Law and Economics, New York 2018.
- Zeh, Wolfgang*: Vollzugskontrolle und Wirkungsbeobachtung als Teilfunktion der Gesetzgebung, in: Grimm, Dieter/Maihofer, Werner (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13, Opladen 1988, S. 194–210.
- Zeidler, Karl*: Maßnahmegesetz und „klassisches“ Gesetz. Eine Kritik, Karlsruhe 1961.
- Ziekow, Jan*: Modernisierung des Verfahrensrechts, in: König, Klaus/Merten, Detlef (Hrsg.), Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Symposium zum Gedächtnis an Carl Hermann Ule, 2000, S. 69–91.
- : Inwieweit veranlasst das Neue Steuerungsmodell zu Änderungen des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensgesetzes?, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 349–385.
- : Exekutive Entscheidungen und Partizipation: Verbesserung der Steuerungsfähigkeit des Staates und der Legitimität staatlichen Handelns?, in: Botha, Henk/Schaks, Nils/Steiger, Dominik (Hrsg.), Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg – The End of the Representative State? Democracy at the Crossroads. Eine Deutsch-Südafrikanische Perspektive – A German-South African Perspective, 2016, S. 311–336.
- : Vorhabenplanung durch Gesetz. Verfassungsrechtliche und prozedurale Anforderungen an die Zulassung von Verkehrsinfrastrukturen durch Maßnahmengesetz, Baden-Baden 2020.
- : Verfahrensrechtliche Regelung der Vorbereitung von Maßnahmengesetzen im Verkehrsbereich. Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz, NVwZ 2020, S. 677–685.
- : Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Heidelberg 2021, § 14, S. 517–551.
- Ziermann, Karin*: Inhaltsbestimmung und Abgrenzung der Normsetzungskompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Bewertungsausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2007.
- Zimmer, Gerhard*: Funktion – Kompetenz – Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes. Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche. Zu einer verfassungsgemäßen Funktions- und Interpretationslehre, Berlin 1979.

- Zimmermann, Christian*: Der Gemeinsame Bundesausschuss. Normsetzung durch Richtlinien sowie Integration neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Leistungskatalog der GKV, Berlin/Heidelberg 2012.
- Zippelius, Reinhold*: Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie, 3. Auflage, Tübingen 2012.
- Zöllner, Dieter*: Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem. Grundsatzfragen der Datenschutzkontrolle, Berlin 1995.
- Zschesche, Michael*: Öffentlichkeitsbeteiligung in umweltrelevanten Zulassungsverfahren. Status quo und Perspektiven, Berlin 2015.

## Sachregister

- 1,5 °C-Ziel 206f.
- Abhörurteil 352
- Absolute Obergrenze 222f., 245
- Abwägungspflichten, *siehe* Ermittlungs- und Bewertungspflichten
- Administrative Letztentscheidungs-  
befugnisse
  - bei der Richtliniensetzung des GBA 111f., 162
  - Einheitsthese 400ff.
  - Formen 361f., 397ff.
  - im Gentechnikrecht 108f.
  - im Immissionsschutzrecht 109f., 157
  - im Personenbeförderungsrecht 103
  - im Telekommunikationsregulierungs-  
recht 80f., 103, 154f., 445ff.
  - im Vergaberecht 103
  - Maßstäbe gerichtlicher Kontrolle 403f.
  - Standardisierungsspielraum 109f.
  - Strukturparallelen 405
  - Trennungsthese 397, 401ff.
  - und Ermittlungs- und Bewertungs-  
pflichten 101f.
  - unionsrechtliche Determinierung 448ff.
  - Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4  
S.1 GG 409ff.
  - Vereinbarkeit mit dem grundrechts-  
immanenten Rechtsschutzgebot 427ff.
- Advice taking 320f.
- Alimentationsprinzip 222, 257
- Allgemeinheit des Gesetzes 56, 139f.
- Antiterrordateigesetz 92
- Anwendungsvorrang des Unions-  
rechts 348f., 450
- Arnstein, Sherry 331f., 338ff.
- Ausgestaltung der Grundrechte 54
- Auslaufklausel, gesetzliche 282ff.
- Axer, Peter 182
- Begründungspflichten
  - Abgrenzung zu Dokumentations-  
pflichten 164
  - als Grundrechtsschutz durch Verfah-  
ren 173, 240
  - Art und Weise der Erfüllung durch  
den Gesetzgeber 302
  - Auswirkungen auf die Entschei-  
dung 296ff., 314f.
  - bei der Anhebung der sog. absoluten  
Obergrenze 245
  - bei der Finanzausgleichsgesetz-  
gebung 247f.
  - bei der gesetzlichen Ausgestaltung  
der Privatschulfinanzierung 245f.
  - bei kommunalen Neugliederungen  
240f.
  - der Verwaltung 164ff.
  - des Besoldungsgesetzgebers 244
  - des GBA 181ff.
  - des Gesetzgebers 238ff.
  - des Haushaltsgesetzgebers 241ff.
  - Förderung der Entscheidungskonsis-  
tenz 314f.
  - im Polizeirecht 176ff.
  - im Telekommunikationsregulierungs-  
recht 172
  - im Vergaberecht 171
  - Kompensationsfunktion 165ff., 172,  
176ff., 182, 239f., 240f., 244, 248
  - Kompensationswirkung 294ff., 309f.,  
314ff., 318f., 340ff.
  - Nivellierung von Entscheidungs-  
verzerrungen 298
  - Selbststand 167, 239 mit Fn.1019, 248
- Behördenbeteiligung 131ff.
  - als Ausgleich für Konzentrations-  
wirkungen 136, 363f.
  - im Gesetzgebungsverfahren 229f.



- Behördenleitervorbehalt 114 ff.
- Beierle, Thomas C. 293
- Benachrichtigungspflichten 183 ff.
- im Vergaberecht 184
  - im Polizeirecht 184 f.
  - Kompensationsfunktion 184, 185
- Beobachtungspflichten
- Abgrenzung zu Überprüfungspflichten 249 f.
  - als fortgesetzte Ermittlungspflichten 253, 261, 304
  - als Grundrechtsschutz durch Verfahren 259
  - als Mittel der Entscheidungstemporalisierung 191
  - bei der Festlegung des Existenzminimums 256 f.
  - bei der Finanzausgleichsgesetzgebung 260 ff.
  - bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Privatschulfinanzierung 259
  - bei der Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten 255 f.
  - bei intensiven Grundrechtseingriffen 262 f.
  - beim Erlass wirtschaftslenkender Gesetze 253
  - der Verwaltung 186 ff.
  - des Besoldungsgesetzgebers 257 f.
  - des Gesetzgebers 249 ff.
  - des Wahlrechtsgesetzgebers 254 f.
  - im Gentechnikrecht 193 ff.
  - im Gesundheitsrecht 195 f.
  - im Immissionsschutzrecht 191 ff.
  - im Personenbeförderungsrecht 190
  - im Polizeirecht 190 f.
  - Institutionalisierung behördlichen Lernens 187
  - Kompensationsfunktion 187, 196, 258, 261
  - Kompensationswirkung 278 ff., 303 ff., 325
  - Steuerungsleistung 278 ff.
- Bestätigungsfehler, *siehe* confirmation bias
- Bestimmtheit 276, 310, 355
- Bestimmtheitsgebot 351, 367 ff.
- als Grenze der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen 473 ff.
  - Änderungsfestigkeit 373 f., 460, 535
  - Anforderungen an einfachgesetzliche Normen 368 f.
  - Anforderungen an verfassungsrechtliche Normen 371 ff.
  - Begründung 367 f.
  - demokratische Dimension 367 f.
  - Flexibilität 477 f., 535 f.
  - Kriterien 369, 474 ff.
  - Normzweck 478 f., 481 f.
  - Prozeduralisierung 473 ff.
  - strafrechtliches 489
  - und Ermessensnormen 370 f., 375
  - und Finalprogramme 370, 375
  - und unbestimmte Rechtsbegriffe 370, 375
  - unionsrechtliches 355
  - Verfahrensgestaltung als Faktor der Bestimmtheitsdogmatik 479 ff., 481 ff., 487 ff.
  - Vorbehalt des Möglichen 370, 467, 476
- Beteiligte Kreise (BImSChG) 143, 155 f., 157, 158 in Fn. 591, 160 in Fn. 605, 163, 179, 293, 339
- Beteiligungsleiter 331 f., 338 f.
- Beteiligungspflichten
- Behördenleitervorbehalte 114 fff.
  - bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Beamtenrechts 237
  - bei Legalplanungen 236
  - Berichtspflichten 118 ff., 122 ff., 335 ff.
  - Beteiligung „betroffener“ Behörden 131 ff., 229 f.
  - Beteiligung sachverständiger Stellen 139 ff., 230 ff., 320 f., 323 f.
  - Beteiligung von Datenschutzbeauftragten 124 ff.
  - Beteiligung von Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörde 126 ff.
  - Beteiligung von Nachbarstaaten 137
  - Bürgerbeteiligung, *siehe* Öffentlichkeitsbeteiligung
  - der Verwaltung 113 ff.
  - des Gesetzgebers 227 ff.
  - im Gentechnikrecht 144 f., 158 ff.
  - im Gesundheitsrecht 128 ff., 146 f., 160 ff.

- im Immissionsschutzrecht 143 f, 155 ff.
- im Personenbeförderungsrecht 127, 133 f.
- im Polizeirecht 114 ff., 122 ff., 127 f.
- im Recht der Nachrichtendienste 118 ff.
- im Telekommunikationsregulierungsrecht 124, 134 ff., 140 ff., 153 ff.
- im Vergaberecht 151 ff.
- Kompensationsfunktion 113, 116 f., 119, 123, 125, 135 f., 136 f., 149, 154, 156, 159, 235, 237
- Kompensationswirkung 289 ff., 309, 312 ff., 320 f., 323 f., 324 f.
- Öffentlichkeitsbeteiligung 149 ff., 233 ff., *siehe auch* Öffentlichkeitsbeteiligung
- Richtervorbehalte 114 ff.
- Verbändebeteiligung 232, 233
- Beurteilungsspielraum
  - Abgrenzung zum Ermessen 397 f., 402 ff.
  - des GBA 162
  - des Gesetzgebers 242
  - im Gentechnikrecht 108 f.
  - im Personenbeförderungsrecht 83
  - im Polizeirecht 106 f.
  - im Telekommunikationsregulierungsrecht 80, 154 f., 445, 447
- Bias 277, 282 f.
- Bürgerbeteiligung, *siehe* Öffentlichkeitsbeteiligung
  
- Confirmation bias 280 ff., 291, 304
  - bei Amtsträgern 281 f.
  
- Daseinsvorsorge, kommunale 134
- Datenschutzaufsicht 124 ff.
- Demokratiethorie
  - deliberative 332 f.
  - monistische 329, 334, 336
  - partizipative 330
  - pluralistische 330
- Di Fabio, Udo 497, 508
- Dilution effect 300
- Diskurstheorie des Rechts 331
- Distanzschäden 72 mit Fn. 137
- Dogmatik (als Methode) 519 f., 522
  
- Dokumentationspflichten
  - Abgrenzung zu Begründungspflichten 164
  - bei der Festlegung des Existenzminimums 243 f.
  - bei der Finanzausgleichsgesetzgebung 247 f.
  - bei kommunalen Neugliederungen 240 f.
  - der Verwaltung 164 ff.
  - des Besoldungsgesetzgebers 244
  - des GBA 181 ff.
  - des Gesetzgebers 238 ff.
  - des Haushaltsgesetzgebers 241 ff.
  - im Gentechnikrecht 178 ff.
  - im Immissionsschutzrecht 178 ff.
  - im Polizeirecht 174 ff.
  - im Telekommunikationsregulierungsrecht 171 f.
  - im Vergaberecht 170 f.
  - Kompensationsfunktion 165 ff., 174, 175 f., 182, 239 f., 240 f., 244, 248
  - Kompensationswirkung 294 ff., 309 f.
  - Mäßigung der Entscheidungsergebnisse 309 f.
  - nachweisbare Wirkungen 296
  - Selbststand 167, 239 mit Fn. 1019, 248
- Dynamik des Regelungsbereichs 4, 68, 71, 72, 140, 149, 153, 189, 191, 252, 260, 304, 394, 442, 468, 488
  
- Effektiver Rechtsschutz, *siehe* Rechtsschutzgarantie
- Ehmke, Horst 371 f.
- Ehrenmanntheorie 435 f., 456
- Einheitlichkeit der Rechtsanwendung 413 f., 429
- Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 5, 215 f., 217, 247, 256, 422
  - siehe auch* Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers
  - Abgrenzung zum Einschätzungsspielraum 407 in Fn. 263
- Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers 229, 242, 258, 362, 406
  - Abgrenzung zur Einschätzungsprärogative 407 in Fn. 263

- Abgrenzung von Gestaltungsspielräumen 362
- bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung 229
- Einzig richtige Entscheidung 5, 6 in  
Fn. 29, 358, 398, 402, 410, 413, 415, 460
- Enquête-Kommission 231
- Entscheidungskonsistenz 314 f., 317 f.,  
319 f., 483
- Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers 261, 266, *siehe auch* Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers
- Entscheidungsverzerrung, *siehe auch* bias, confirmation bias, dilution effect, primacy effect, recency effect, verbal overshadowing effect
- Neutralisierung durch Begründungspflichten 298
- Erfahrungs- vs. Sachverhaltenswissen 140
- Ermessen 397 f.
  - Ermessenslenkung durch Konzepte 100
  - der BNetzA 80, 141
  - des Normenkontrollrats 228
  - kognitives vs. volitives 398, 402
  - Planungsermessen, *siehe* Planungsermessen
  - Reduzierung durch Unionsrecht 79
  - Regulierungsermessen, *siehe* Regulierungsermessen
  - Standardisierungsermessen 179, 182, *siehe auch* Standardisierungsspielraum
- Ermittlungs- und Bewertungspflichten
  - Anforderungen 308
  - bei administrativen Letztentscheidungsbefugnissen 101 f.
  - bei der Anhebung der sog. absoluten Obergrenze 222 f.
  - bei der Festlegung des Existenzminimums 221 f.
  - bei der Finanzausgleichsgesetzgebung 225 f.
  - bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Privatschulfinanzierung 223 ff.
  - bei der gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs 220 f.
  - bei kommunalen Neugliederungen 212 f.
  - bei Legalplanungen 213 f.
  - beim Erlass wirtschaftslenkender Gesetze 214 f.
  - der Verwaltung 101 ff.
  - des Besoldungsgesetzgebers 222
  - des Gesetzgebers 211 ff.
  - des Haushaltsgesetzgebers 217 ff.
  - des Wahlrechtsgesetzgebers 216 ff.
  - im Gesundheitsrecht 111 ff.
  - im öffentlichen Wirtschaftsrecht 103 ff.
  - im Polizeirecht 105 ff.
  - im Umweltrecht 108 ff.
  - inhaltliche Abhängigkeit vom materiellen Recht 104
  - Kompensationsfunktion 101 f., 104, 106, 214 f.
  - Kompensationswirkung 288 f., 307 f., 319 f.
  - Selbststand 102
  - und Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG) 219 f.
  - Zusammenwirken mit Konzeptpflichten 104
- Ersetzungsbefugnis 490 f., 509, 510
- Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG) 64, 534 ff.
  - Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens 536 ff.
  - Berührenerfordernis 351 ff.
  - Beschränkung auf Änderungen des GG 350 f.
  - Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 79 Abs. 3 GG 373 ff.
  - Gleichlauf mit Art. 28 Abs. 1 GG 354
  - Prozeduralisierung 534 ff.
  - Verfassungsvorbehalt aus Art. 79 Abs. 3 GG 387 ff.
- Existenzminimum 203, 243 f., 256 f.
  - Prozeduralisierung 203, 204 f.
- Fachaufsicht 126 ff., 348
  - unionsrechtlicher Ausschluss 348 mit Fn. 9
- Feststellungsklage 463 f.
- Finalprogramm 4, 359, 363, 366 f., 375, 381, 398 f.

- Folgerichtigkeit, Pflicht zur 208 ff.,  
333 f. in Fn. 217, *siehe auch* Konsistenz-  
anforderungen
- als Pflicht zur Konzepttreue 209
  - prozedurale Elemente 209
  - Systemwechsel 207 in Fn. 836
- Framing 298, 525
- Funktionell-rechtliche Grenzen der  
Rechtsprechung 62
- Funktionelle Selbstverwaltung 129 f., 161  
in Fn. 610
- Funktionen des materiellen Rechts 49 ff.
- Begrenzungs- bzw. Abgrenzungs-  
funktion 53 f., 60 f., 305 ff.
  - einfaches Gesetzesrecht 51 ff.
  - Entlastungsfunktion 52 f., 60, 322 f.
  - Freiheitsfunktion 61
  - Gleichheitsfunktion 56 f., 316 ff.
  - Integrationsfunktion 64
  - Konstitutionsfunktion 57
  - Kontrollfunktion 55, 61 ff., 283 ff.
  - Legitimationsfunktion 52, 59, 326 ff.
  - Leitbildfunktion 63
  - Organisations- und Ordnungsfunk-  
tion 57
  - Orientierungsfunktion 55 f., 62 f.,  
310 ff.
  - Stabilisierungsfunktion 63 f.
  - Steuerungsfunktion 51 f., 58 f., 273 ff.
  - Verfassungsrecht 57 ff.
- Funktionen des Verfahrens, *siehe*  
Verfahrensfunktionen
- G10-Kommission 118, 120 in Fn. 400
- GBA
- Aufsicht über den GBA 128 ff.
  - Beobachtungspflichten 195 f.
  - Beurteilungsspielräume 162, *siehe*  
*auch* Beurteilungsspielraum
  - demokratische Legitimation 129 f.,  
161
  - Dokumentations- und Begründungs-  
pflichten 181 ff.
  - Einbeziehung sachverständiger  
Stellen 146 ff.
  - Richtlinien, *siehe* Richtlinien des GBA
- Gebietshoheit 137
- Geiger, Willi 3
- Generalklauseln 4, 8, 370
- verfassungsrechtliche Zulässigkeit 370  
mit Fn. 107
- Gentechnikrecht
- Behördenbeteiligung 136 ff.
  - Beobachtungspflichten 193 ff.
  - Einbeziehung wissenschaftlichen  
Sachverstands 144 f.
  - Öffentlichkeitsbeteiligung 158 ff.
- Gesamtanalogie 372
- Gesetz
- Allgemeinheit 56, 139 f.
  - als Handlungsgrenze 54
  - als Informationsträger 53
  - und Ausgestaltung grundrechtlicher  
Freiräume 54
- Gesetzesbefristung, *siehe* Auslaufklausel,  
gesetzliche
- Gesetzesvorbehalt, *siehe* Vorbehalt des  
Gesetzes
- Gesetzgebungslehre 1, 557
- Gesetzgebungsmethodik, optimale 3
- Gestaltungsspielraum des Gesetz-  
gebers 120, 203, 206, 220, 223, 224,  
245, 248, 362, 405 f.
- Abgrenzung von Einschätzungs-  
spielräumen 362
- Gesundheitsrecht
- Beteiligung der Fach- bzw. Rechts-  
aufsicht 128 f.
  - Einbeziehung wissenschaftlichen  
Sachverstands 146 f.
  - Ermittlungs- und Bewertungs-  
pflichten 111 ff.
  - Konzeptpflichten 97 f.
  - Öffentlichkeitsbeteiligung 160 ff.
- Gewaltenteilung 61, 391 ff.
- als Grenze legislativer Verfahrens-  
pflichten 545 ff.
  - als Maßstab für gesetzliche Unbe-  
stimmtheit 391 ff.
  - als Maßstab für Unbestimmtheit  
des Verfassungsrechts 395 ff.
  - Änderungsfestigkeit 395
  - Funktionsgerechtigkeit 393, 418
  - Gewaltenverschränkungen 392
  - Kernbereichslehre 392 f., 499
  - Organadäquanz 393, 429

- Überlagerung durch Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeitslehre 394
- verfassungsrechtlicher Grundsatz 391 ff.
- Gonsior, Florian 427 f., 516 f., 529 f.
- Gostomyk, Tobias 507
- Grimm, Dieter 286
- Grundrechtsschutz durch Verfahren 157, 158 f., 161, 173, 240, 259, 285, 304, 424 ff.
- Grundsatzrevision 414
  
- Habermas, Jürgen 332
- Hamburger Deichordnungsgesetz-Urteil 425
- Handlungsnorm vs. Kontrollnorm 55, 61, 101 f., 421 in Fn. 325
- Hayek, Friedrich August von 152 in Fn. 558
- Heimliche Grundrechtseingriffe 117, 119 f., 124 f., 184 f., 363, 431
- Hesse, Konrad 516
- Hoffmann-Riem, Wolfgang 479 ff.
  
- Identitätskontrolle 349
- Immissionsschutzrecht
  - Behördenbeteiligung 136 ff.
  - Beobachtungspflichten 191 ff.
  - Beteiligte Kreise 155 f.
  - Einbeziehung wissenschaftlichen Sachverständs 143 f.
  - Konzeptpflichten 95
  - Öffentlichkeitsbeteiligung 155 ff.
  - Überprüfungspflichten 191 ff.
  - Vorsorgeprinzip 93 f.
- Industrie-Emissions-Richtlinie 192
- Informationsvorsorge 70
- Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen 147 ff., 320 f.
- Isensee, Josef 386
  
- Jestaedt, Matthias 404, 411
- Jochum, Heike 515
- Justiziabilität 111, 226, 251 f., 369, 373, 375, 460, 535
  
- Koalitionsfreiheit 237
- Koch, Hans-Joachim 402
  
- Kognitive Dissonanz 276
- Kommunale Neugliederungen
  - Dokumentations- und Begründungspflichten 240 f.
  - Pflicht zur Anhörung der Gemeinden und Gemeindebewohner 234 f.
  - Sachverhaltsermittlungs- und Abwägungspflichten 212 f.
- Kompensation
  - als Gestaltungsressource 557
  - als Reaktion auf ein Defizit 31
  - als Rechtsargument 555
  - als Verfahrensfunktion 554
  - außerjuristische Voraussetzungen 272
  - Begriff 29
  - Erscheinungsformen 38
  - Flexibilisierungswirkung 37 f.
  - Funktionslogik 35 ff.
  - Grundelemente 31 ff.
  - Legitimationseffekt 36
  - materielle Kompensation 41 ff.
  - prozedurale Kompensation 41 ff.
  - suspendierende Wirkung 36 f.
  - von defizitären Rechtszuständen 39 f.
- Kompensationslage 31 ff.
  - Änderungsfestes Verfassungsrecht als Maßstab 349 ff.
  - Erforderlichkeit eines normativen Beurteilungsmaßstabs 32 f., 346
  - Funktionszusammenhang zur Kompensationsleistung 33 ff.
  - Homogenitätsgebot (Art. 28 Abs. 1 GG) als Maßstab 353 f.
  - Integrationsfestes Verfassungsrecht als Maßstab 348 f.
  - Unionsrecht als Maßstab 355 ff.
  - Völkerrecht als Maßstab 355 ff.
- Kompensationsleistung 33
  - als Surrogat 33
  - Funktionszusammenhang zur Kompensationslage 33 ff.
- Konkurrierende Gesetzgebung 219 ff.
- Können vs. Dürfen 472 in Fn. 2
- Konsistenzanforderungen 12, 333 f. in Fn. 217
- Konsistenzvermutung 374, 390
- Konsolidierungsverfahren 135, 448
- Konsultationsverfahren 153 f.

- Kontrolldichte, gerichtliche 50, 266, 361 f.,  
*siehe auch* administrative Letztentscheidungs-  
 befugnisse, legislative Letztentscheidungs-  
 befugnisse
- als Kompetenzfrage 361
  - Einschränkungen 396 ff., 444 ff.
- Kontrolle, rechtliche
- Begriff 284
  - Zweck 284 ff.
- Konzentrationswirkung 136 f., 363 f.
- Konzepte, administrative
- Begriff 73 ff.
  - Funktion 73 f.
  - GBA-Richtlinien als Konzepte 98
  - Kompensationsfunktion 74
  - Nahverkehrsplan als Konzept 84 in  
 Fn. 210, 85
  - polizeiliche Lagebilder als Konzepte  
 86 f.
  - Rechtsnatur 75 f.
  - Regulierungskonzepte 78 ff.
  - Steuerungsleistung 275 ff.
  - und Selbstprogrammierung der Ver-  
 waltung 75
  - Unterscheidung zu Konzeptpflichten  
 74 mit Fn. 153 f.
  - Vorsorgekonzepte 95
- Konzepte, gesetzgeberische
- Maßstäbengesetz als Konzept 201
  - Selbstbindung 200, 205
- Konzeptpflichten
- als Form prozeduraler Kompensation  
 74 f.
  - bei der Festlegung des Existenzmini-  
 mums 203 ff.
  - bei der Finanzausgleichsgesetz-  
 gebung 200 ff.
  - bei der Klimaschutzgesetzgebung 205 ff.
  - der Verwaltung 73 ff.
  - des Gesetzgebers 193 ff.
  - Folgerichtigkeitsgebote als Konzept-  
 pflichten 208 ff.
  - im Gesundheitsrecht 96 ff.
  - im Immissionsschutzrecht 95 f.
  - im Personenbeförderungsrecht 82 ff.
  - im Polizeirecht 86 ff.
  - im Recht der Telekommunikations-  
 märktregulierung 78 ff.
  - im Vergaberecht 76 ff.
  - Kompensationsfunktion 82, 85, 90 f.,  
 92, 95 f., 200, 204
  - Kompensationswirkung 275 ff., 287 ff.,  
 306 f., 311 f., 317 f., 333 ff.
  - Steuerungsfunktion 275 ff.
  - zur Quantifizierung verfassungsrecht-  
 licher Leistungspflichten 199 f., 210
- Kunig, Philip 482
- Ladeur, Karl-Heinz 448, 449, 507
- Lagebeurteilung, *siehe* Lagebild,  
 polizeiliches
- Lagebild, polizeiliches 86 f., 89, 105 f.,  
 174
- ermessenslenkende Funktion 87 f.
  - Kompensationsfunktion 105 f.
- Länderfinanzausgleich 200 ff., 225 f.
- Lassahn, Philipp 500
- Legalplanung
- Anhörungspflicht 236
  - Ermittlungs- und Bewertungspflich-  
 ten 213 f.
  - Möglichkeit fachgerichtlichen  
 Rechtsschutzes 463 f.
  - Rechtsschutzeinschränkungen 462 ff.
- Legislative Letztentscheidungsbe-  
 fugnisse 405 ff.
- als Kompetenzfrage 406 f.
  - Begründung 421
  - Einschätzungsspielräume des Gesetz-  
 gebers 229, 242, 258, 362, 405 f.
  - Erfordernis normativer Ermächti-  
 gung 422
  - Gestaltungsspielräume des Gesetz-  
 gebers 120, 203, 206, 220, 223, 224,  
 245, 248, 362, 405 f.
  - Prognosespielraum des Gesetz-  
 gebers 258, 405
  - unklare Typologie 405 f.
  - Vereinbarkeit mit dem grundrechts-  
 immanenten Rechtsschutzgebot 429 f.
  - Vereinbarkeit mit der Garantie  
 effektiven Rechtsschutzes 418 ff.
- Legitimation 52
- autonome 161
  - Begriff 326 f.
  - durch Deliberation 332 f.

- durch Kontrolle 328 f.
- durch Partizipation 329 ff.
- durch Wahl 327 f.
- individuelle 286 f.
- Messbarkeit 326 f.
- organisatorisch-personell 328
- sachlich-inhaltliche 328
- Legitimationskette 328
- Lerche, Peter 516
  
- Maßstäbengesetz 201
- Mayen, Thomas 172
- Menschenwürde 374
- Merkel, Adolf Julius 27
- Mitbestimmungsurteil 214 f., 221
- Möllers, Christoph 442, 448, 449
- Mühlenstrukturgesetz-Beschluss 214
- Mühlheim-Kärlich-Entscheidung 158 f., 497
  
- Nachsorge, gesetzgeberische 249
- Nahverkehrsplan 84 f., 127
  - als administratives Konzept 85
  - Anzeigepflicht an die Rechtsaufsichtsbehörde 127
- Negative Voreingrifflichkeit 147 mit Fn. 532
- Normative Ermächtigungslehre 361 in Fn. 73, 412, 416, 422
- Normative Konnexität 515
- Normenklarheit 276, 310
- Normenkontrollrat 228 f.
- Normsetzungsverfahren, administrative 68
  
- Objektive Werteordnung 63
- Obliegenheiten, gesetzgeberische 53 in Fn. 115, 87 in Fn. 226, 239 in Fn. 1020, 242, 243 f.
- Offenheit, normative 5 f., 48, 358
  - Abgrenzung zu Unbestimmtheit 358 f.
  - als Gegenstand des Ausgleichs durch Verfahren 9, 48
  - Gründe 8 f., 68 f.
  - grundrechtlicher Schutzpflichten 220 f.
  - im Gesundheitsrecht 96 f.
  - im Immissionsschutzrecht 95
  - im Telekommunikationsregulierungsrecht 79 f.
- im Vergaberecht 77 f.
- Öffentlichkeitsbeteiligung 149 ff.
  - als Grundrechtsschutz durch Verfahren 157, 158 f., 161
  - Begriff 150 f.
  - im Gentechnikrecht 158 ff.
  - im Gesetzgebungsverfahren 233 ff.
  - im Gesundheitsrecht 160 ff.
  - im Immissionsschutzrecht 155 ff.
  - im Telekommunikationsregulierungsrecht 153 ff.
  - im Vergaberecht 151 ff.
  - Kompensationsfunktion 149 f., 152 f., 154, 156, 159
  - Kompensationswirkung 289 ff., 309, 312 ff., 324 f., 336 ff.
  - Legitimationswirkung 336 ff.
  - Zeitpunkt 290 f.
- Ordnungsvorschrift 1 in Fn. 2
- Organisationsautonomie des Parlaments 548
  
- Parlamentarische Kontrolle 121 f., 123 in Fn. 418, 124, 131, 169, 328 f., 335
- Parlamentarisches Kontrollgremium 121
- Parteienfinanzierung 222 f., 245
- Partizipative Verfahren, *siehe* Beteiligungspflichten
- Personenbeförderungsrecht
  - Behördenbeteiligung 133 f.
  - Beobachtungspflichten 190
  - Ermittlungs- und Bewertungspflichten 101 ff.
  - Konzeptpflichten 82 ff.
  - öffentliche Verkehrsinteressen 82 f.
- Planungsermessen 108 in Fn. 339, 362, 398 f.
- Polizeirecht
  - Begründungspflichten 176 ff.
  - Berichtspflichten zugunsten unabhängiger Kontrollorgane 119 ff.
  - Berichtspflichten zugunsten von Parlamenten 122 ff.
  - Beteiligung der Fachaufsicht 127 f.
  - Dokumentationspflichten 174 ff.
  - Ermittlungs- und Bewertungspflichten 105 ff.
  - Evaluationspflichten 190 f.

- Konzeptpflichten 86 ff.
- Polizeiverordnung 127 f.
- Poscher, Ralf 415
- Primacy effect 292
  - Neutralisierung durch Begründungspflichtigen 298
- Primäreffekt, *siehe* primacy effect
- Privatschulfinanzierung 223 ff., 245 f., 259, 354
- Prognoseentscheidung 251, 254, 260, 267, 281, 303, 361 in Fn. 72
- Prognosespielraum des Gesetzgebers 258, 405 *siehe auch* Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers
- Prozeduraler Grundrechtsschutz, *siehe* Grundrechtsschutz durch Verfahren
- Prozedurales Recht 7
- Prozeduralisierung des Rechts 6 ff.
  - als Krisenreaktion 9
  - Entwicklungsnarrativ 7 ff.
  - Kerngedanke 6 f.
  - Parallelität der Formen 46
  - und Fehlerfolgenlehre 12
  - und Kompensationsgedanke 9 ff.
- Quantifizierung von Verfassungsrecht 199 f., 210, 258
- Rawls, John 202
- Rechtsanalogie 372
- Rechtsaufsicht 126 ff.
- Rechtsbefolgung 275 f.
- Rechtskonkretisierungskonzept 99
- Rechtsschutzgarantie
  - als Ausfluss prozeduralen Grundrechtsschutzes 424 ff.
  - als Garantie wirksamen Gerichtsschutzes 407 ff., 512, 528
  - als Grenze der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen 511 ff.
  - Änderungsfestigkeit 423, 430
  - Anwendbarkeit auf Akte formeller Gesetzgebung 418 f., 426
  - Anwendbarkeit auf staatliche Vergabeentscheidungen 452 f.
  - Erfordernis vollständiger Nachprüfung 408
  - erweitertes Verständnis 411 ff.
  - Flexibilität 513
  - im Völker- und Unionsrecht 356
  - inhaltsbedingte Beschränkungen 431 ff.
  - Inzidentrechtsschutz 464
  - Maßstab praktischer Wirksamkeit 408
  - öffentliche Gewalt 418 f., 426
  - Rechtfertigungsanforderungen 416, 436
  - Teleologie 518 ff.
  - und administrative Letztentscheidungsbefugnisse 356, 409 ff.
  - und Belastungsbeseitigung 434 ff., 438 f.
  - und legislative Letztentscheidungsbefugnisse 418 ff.
  - unionsrechtliche Überlagerung 450
  - Verfahrensgestaltung als Faktor der Dogmatik der Rechtsschutzgarantie 514 ff., 517 ff., 526 ff.
  - verfassungsimmanente Schranken 416, 436, 454
  - Vorwirkungen auf das Gesetzgebungsverfahren 437 f.
  - Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren 433 ff.
- Rechtsweggarantie 351, *siehe auch* Rechtsschutzgarantie
- Recency effect 291
  - Neutralisierung durch Begründungspflichtigen 298
- Regel- vs. Sachverhaltenswissen 140
- Regelungsdichte 6, 71, 126, 197, 336, 358, 379, 380, 382, 385, 386 f., 442, 492, 495
- Regulierungsermessen 80 f., 154 f., 362, 399 f., 446, 447
- Reimer, Philipp 24
- Rezenzeffekt, *siehe* recency effect
- Richtervorbehalt 115 ff.
- Richtlinien des GBA
  - als administrative Konzepte 98
  - Beanstandungsrecht des Bundesministeriums für Gesundheit 128 f.
- Rollenerwartung 299
- Sachverhaltsermittlungspflicht, *siehe* Ermittlungs- und Bewertungspflichten
- Schenke, Wolf-Rüdiger 514



- Schleier des Nichtwissens 202  
 Schleierfahndung 88 ff., 175, 440 ff.  
 Schmidt-Aßmann, Eberhard 435  
 Schmidt, Walter 402  
 Schwangerschaftsabbruch 220  
 Schwarze, Jürgen 515 f., 521, 530 f.  
 Selbstkontrolle  
 – der Verwaltung 165, 167 f., 295, 303  
 – des Gesetzgebers 239, 240, 244, 258, 295, 303  
 Selbststeuerung, gesellschaftliche 7  
 Selbstverwaltungsgarantie, kommunale 212, 235 f.  
 Solange-Vorbehalt 349  
 Sperrklausel, wahlrechtliche 215 ff., 254 f.  
 Standardisierungsspielraum 109 f.  
 Standortauswahlgesetz 229 f., 231  
 Status quo-bias 282 f.  
 Steuerung 51  
 – Begriff 273  
 – durch Beobachtungs- und Überprüfungspflichten 278 ff.  
 – durch Konzeptpflichten 275 ff.  
 – Messbarkeit 274 f.  
 – und Gesetzesbindung 51  
 Streikrecht 237, 364  
 Stufenbau der Rechtsordnung 401  
 Summationsschäden 93 mit Fn. 266  
 Sunset clause, *siehe* Auslaufklausel, gesetzliche  
 Systementscheidung, gesetzgeberische 209  
 Systemtheorie 8 f.  
 Tarifaufonomie 237  
 Telekommunikationsregulierungsrecht  
 – Begründungspflichten 172 f.  
 – Behördenbeteiligung 134 ff.  
 – Berichtspflichten 124  
 – Dokumentationspflichten 171 f.  
 – Ermittlungs- und Bewertungspflichten 101 ff.  
 – Konsolidierungsverfahren 135  
 – Konsultationsverfahren 153 f.  
 – Konzeptpflichten 78 ff.  
 – Öffentlichkeitsbeteiligung 153 ff.  
 – Regulierungsermessen 80 f.  
 – Regulierungskonzepte 78 ff.  
 – Überprüfungspflichten 189 f.  
 – unionsrechtliche Determinierung 448  
 – Verhältnis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht 135  
 – Verwaltungsverbund 448  
 – Wissensgenerierung 140 f.  
 Temporalisierung von Entscheidungen 191  
 Überprüfungspflichten  
 – Abgrenzung zu Beobachtungspflichten 249 f.  
 – der Verwaltung 186 ff.  
 – des Gesetzgebers 249 ff.  
 – im Immissionsschutzrecht 191 ff.  
 – im Telekommunikationsregulierungsrecht 189 f.  
 Ultra vires-Kontrolle 349  
 Unabhängiger Kontrollrat 119  
 Unbestimmtheit des Rechts 358 f., 365 ff., 440 ff., 459 ff.  
 – dogmatische Erscheinungsformen 359, 366 ff.  
 Unconscious Thought Theory 299 f.  
 Vagheit 50, 359 f.  
 – Abgrenzung zur Weite normativer Bestimmungen 360 f.  
 Verbal overshadowing effect 301  
 Verbände  
 – Beteiligung im Gesetzgebungsverfahren 232, 233  
 Verfahren  
 – als Rationalitätsgarant 3  
 – als Weg 21  
 – äußeres Verfahren 24  
 – Begriff 20 ff.  
 – Dienende Funktion 1 f.  
 – Eigenwert 2  
 – Ergebnisoffenheit 23, 311  
 – Funktion, *siehe* Verfahrensfunktionen  
 – inneres Verfahren 24  
 – Intentionalität 21  
 – Kompensationsgedanke 9 ff.  
 – Regelgeleitetheit 23  
 – Selbststand 4  
 – Ungewissheitsabsorption 23  
 Verfahrensdauer 541 f.

- Verfahrensfunktionen
- Ausgleichsfunktion, *siehe* Kompensationsfunktion
  - dienende Funktion 1 f., 5
  - Kompensationsfunktion 45, 47, 554 f.
- Verfahrensgedanke 1
- Erstarken 1 ff.
- Verfahrenspflichten
- als Rationalitätsanforderungen 3
  - als Reaktion auf Schwächen des materiellen Rechts 4 ff., 10 ff., 47
  - Demokratieprinzip als Grenze legislativer Verfahrenspflichten 542 ff.
  - des Gesetzgebers 3, 198 ff.
  - Gewaltenteilung als Grenze legislativer Verfahrenspflichten 545 ff.
  - kompensatorische 45 ff., 66 ff.
  - Leistungsfähigkeit 271 ff.
- Verfahrensrecht
- Begriff 25 ff.
- Verfahrenstypen, verwaltungsrechtliche 45, 67 f.
- Verfassungsablösung 350
- Verfassungsänderung, *siehe auch* Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG)
- „Berührung“ änderrungsfester Grundsätze 351 ff.
  - Anforderungen 64
  - Durchführungsmodi 390
  - Grenzen 349 ff.
- Verfassungsbeschwerde 462
- Annahmeverfahren 466
  - gegen Planungsgesetze 465 ff.
  - Subsidiarität 464
- Verfassungsklarheit, Grundsatz der 371 f.
- Verfassungsvorbehalt, *siehe auch* Vorbehalt der Verfassung
- Beispiele 383
- Verfassungswidriges Verfassungsrecht 350
- Vergaberecht
- Ausschreibung als Öffentlichkeitsbeteiligung 151 ff.
  - Begründungspflichten 171
  - Dokumentationspflichten 170 ff.
  - Ermittlungs- und Bewertungspflichten 101 ff.
  - Konzeptpflichten 76 ff.
  - Stabilität der Vergabeentscheidung 184, 364
  - Unanfechtbarkeit des Zuschlags 451 ff.
  - Vorabinformationspflicht 184, 451 f., 454
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- sog. großer Verhältnismäßigkeits-test 94 f.
  - sog. kleiner Verhältnismäßigkeits-test 94 f.
  - und Vorsorgegedanke 93 f.
- Verhältnismäßigkeitsprüfung 96, 229
- empirische Befunde 308
- Vertretbarkeitslehre 413 in Fn. 291
- Verwaltungsvorschriften 110
- als Rechtsform von Konzepten 75
  - TA Luft 109 f.
  - Verbindlichkeit 110
- Videoüberwachung öffentlicher Plätze 86 f., 125, 174
- Vorbehalt der Verfassung 381 ff.
- Inhalt 383 f.
  - normative Grundlage 382 f., 387 ff.
  - normhierarchische Grenzen 386 f.
  - Übertragung der Wesentlichkeitslehre 384 f.
- Vorbehalt des Gesetzes
- als Gleitformel 380
  - als Grenze der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen 492 ff.
  - Anforderungen 493 f.
  - anforderungsbestimmende Kriterien 494 f.
  - Anwendungsbereich 380 f., 394
  - Begründung im Demokratieprinzip 500 f.
  - Begründung im Grundrechtsschutz 502 f.
  - Begründung im Rechtsstaatsprinzip 499 f.
  - Flexibilität 496 f.
  - Grundlage 376 f., 498 ff.
  - Prozeduralisierung 492 ff., insbes. 496 ff., 507 ff.
  - Teleologie 498 ff.
  - unionsrechtliche Gesetzesvorbehalte 356 f.

- Vereinbarkeit mit unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensnormen und Finalprogrammen 381
- Verfahrensgestaltung als Faktor der Vorbehaltsdogmatik 495, 496 ff., 498 ff.
- verfassungsrechtlicher Gehalt 375 ff.
- völkerrechtliche Gesetzesvorbehalte 356f.
- Wesentlichkeitstheorie/Wesentlichkeitslehre 377f., 494f.
- Vorrang der Verfassung 388f., 391
- Vorrang des Gesetzes 54, 375f., 382
- Vorsorgegedanke 69f., 71, 93
  
- Waldhoff, Christian 183
- Wendel, Matthias 448
- Wettbewerb als Entdeckungsverfahren 152
- Wieckhorst, Arno 286, 543
- Wiener Schule 401
  
- Windthorst, Kay 433
- Wirtschaftlichkeitsgebot
  - gesundheitsrechtliches 111, 130
  - vergaberechtliches 77, 152
- Wissenserzeugung, administrative 139f., 322
  - Regel- vs. Sachverhaltenswissen 140
  - und Beobachtungspflichten 187f.
- Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 141
- Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste 141
- Wohlfahrtsstaat 8
  
- Zentrale Kommission für Biologische Sicherheit 144f., 158
- Zukunftsorientierung des Rechts 9